

المُلَقَّع

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي

٥٤١ - ٥٦٢

و :

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي

٥٩٧ - ٦٨٢

ومعهما :

الإضاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرزداوي

٨١٧ - ٨٨٥

تحقيق

الدكتور عبد بن عبد المحسن التركي

المجلد الثالث عشر

الضمان - الكفالة - الحوالة - الصلح - الحَجْر - الوكالة

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤١٥ هـ = ١٩٩٥ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
الطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء - ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إسماعيلية

يوزع
على نفقة

خادم الحرمين الشريفين
الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود
خدمة للعلم وطلابه
أجزل الله مؤبته .. ودفعه لرضائه



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَابُ الضَّامِنِ

المقنع

وَهُوَ ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي التِّزَامِ الْحَقِّ .

بَابُ الضَّامِنِ

الشرح الكبير

(وهو ضمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي التِّزَامِ)

بَابُ الضَّامِنِ

الإنصاف

فائدة : اختلفوا في اشتقاقه ؛ فقليل : هو مُشْتَقٌّ مِنَ الانْضِمَامِ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَنْضُمُ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجِّي » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ الْأَحْمَدِ » ، وَالْمُصَنَّفُ هُنَا ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : قَالَه بَعْضُ أَصْحَابِنَا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَلَيْسَ هَذَا بِالْجَيِّدِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَرَدَّ بِأَنَّ « لَامَ الْكَلِمَةِ » فِي « الضَّمِّ » مِيمٌ ، وَفِي « الضَّامِنِ » نُونٌ ، وَشَرَطُ صِحَّةِ الْاِشْتِقَاقِ ، وَجُودُ حُرُوفِ^(١) الْأَصْلِ فِي الْفَرْعِ . وَيُجَابُ بِأَنَّهُ مِنَ الْاِشْتِقَاقِ الْأَكْبَرِ ؛ وَهُوَ الْمُشَارَكَةُ فِي أَكْثَرِ الْأُصُولِ مَعَ مِلَاحَظَةِ الْمَعْنَى . انْتَهَى . وَقِيلَ : مِنَ التَّضْمُنِ . قَالَه الْقَاضِي ، وَصَوَّبَهُ فِي « الْمُطَّلِعِ » ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَتَضَمَّنُ الْحَقَّ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَمَعْنَاهُ تَضْمِينُ الدِّينِ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ . وَقِيلَ : هُوَ مُشْتَقٌّ مِنَ الضُّمْنِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ أَرْجَحُ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَالَّذِي يَتْلُوهُ لِي ، أَنَّهُ مَا اخُودُ مِنَ الضُّمْنِ ، فَتَصِيرُ ذِمَّةُ الضَّامِنِ فِي ضِمْنِ ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . فَهُوَ زِيَادَةٌ وَثَبَتَةٌ . انْتَهَى . هَذَا الْخِلَافُ فِي الْاِشْتِقَاقِ ، وَأَمَّا الْمَعْنَى ، فَوَاحِدٌ .

قوله : وَهُوَ ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي التِّزَامِ الْحَقِّ . وَكَذَا

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « جَزَاءٌ مِنْ » .

الشرح الكبير
الحَقُّ (فَيُثْبِتُ فِي ذِمَّتِهِمَا جَمِيعًا ، وَلصاحبِ الحَقِّ مُطَالَبَةٌ مَن شَاءَ مِنْهُمَا . وَاشْتِقَاقُهُ مِنَ الضَّمِّ . وَقِيلَ : مِنَ التَّضْمِينِ ^(١) ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَتَضَمَّنُ الحَقَّ . وَالْأَصْلُ فِي جَوَازِهِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَالْإِجْمَاعُ . أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(٢) . وَالزَّعِيمُ : الْكَفِيلُ . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ [٦٥/٤] عَلَى الضَّمَانِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَاخْتَلَفُوا فِي فُرُوعٍ تُذَكَّرُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . يُقَالُ : ضَمِينٌ ، وَكَفِيلٌ ، وَقَبِيلٌ ، وَحَمِيلٌ ، وَزَعِيمٌ ، وَصَبِيرٌ . بِمَعْنَى وَاحِدٍ . وَلَابَدٌ فِي الضَّمَانِ مِنْ ضَامِنٍ ، وَمَضْمُونٍ عَنْهُ ، وَمَضْمُونٌ لَهُ .

الإِنصَافُ
قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ الْأَحْمَدِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْهَادِي » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » . وَقَالَ فِي « الْوَجيزِ » : [١٢١/٢] « (هُوَ التِّزَامُ) ^(١) الرَّشِيدُ مَضْمُونًا فِي يَدٍ غَيْرِهِ ، أَوْ ذِمَّتِهِ ، حَالًا أَوْ مَالًا . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : « (هُوَ التِّزَامُ) ^(٢) مَن يَصِحُّ تَبَرُّعُهُ ، أَوْ مُفْلِسٌ ، مَا وَجِبَ عَلَى غَيْرِهِ ،

(١) فِي م : « التَّضْمِينِ » .

(٢) سُورَةُ يُوسُفَ ٧٢ .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي تَضْمِينِ الْعَارِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٦٦ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي أَنَّ الْعَارِيَةَ مَوْدَّةٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٢٦٩ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْكَفَالَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٢ / ٨٠٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٥ / ٢٦٧ ، ٢٩٣ .

(٤ - ٤) فِي ط : « وَالتِّزَامُ » .

وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا فِي الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ .
المنع

١٨٢٣ - مسألة : (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة
والموت) وجُملة ذلك ، أَنَّ الْمَضْمُونِ عَنْهُ لَا يُبْرَأُ بِنَفْسِ الضَّامِنِ ، كما

مع بقاءه ، وقد لا يَنْقُى . وقال في « الْمُحَرَّرِ » : هو التَّزَامُ الْإِنْسَانِي فِي ذِمَّتِهِ دَيْنَ
الْمَدْيُونِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَيْهِ . وليس بمَانِعٍ ؛ لِدُخُولِ مَنْ لَا يَصِحُّ تَبَرُّعُهُ ، وَلَا جَامِعٍ ؛
لَخُرُوجِ مَا قَدْ يَجِبُ وَالْأَغْيَانِ الْمَضْمُونَةِ ، وَدَيْنِ الْمَيِّتِ إِنْ بَرِيَ بِمُجَرَّدِ الضَّامِنِ ،
عَلَى رِوَايَةٍ تَأْتِي . قال في « الْفَائِقِ » : وليس شاملاً ما قد يَجِبُ . وقال في
« التَّلْخِصِ » : مَعْنَاهُ تَضَمُّينُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، حَتَّى يَصِيرَ مُطَالَبًا بِهِ ،
مَعَ بَقَائِهِ فِي ذِمَّةِ الْأَصِيلِ .

فائدة : يَصِحُّ الضَّامِنُ بِلَفْظِ ضَمِينٍ ، وَكَفِيلٍ ، وَقَبِيلٍ ، وَحَمِيلٍ ، وَصَبِيرٍ ،
وَزَعِيمٍ . أَوْ يَقُولُ : ضَمِنْتُ دَيْنَكَ أَوْ تَحَمَّلْتُهُ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . فَإِنْ قَالَ : أَنَا أَوْدَى .
أَوْ : أَخْضَرُ . لَمْ يَكُنْ مِنْ أَلْفَاظِ الضَّامِنِ ، وَلَمْ يَصِرْ ضَامِنًا بِهِ . وَوَجَّهُ فِي « الْفُرُوعِ »
الصُّحَّةُ بِالتَّزَامِهِ . قَالَ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ جَمَاعَةٍ فِي مَسَائِلَ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ
الدِّينِ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، يَصِحُّ بِكُلِّ لَفْظٍ فَهِمَ مِنْهُ الضَّامِنُ عَرَفًا ، مِثْلَ قَوْلِهِ : زَوْجُهُ ،
وَأَنَا أَوْدَى الصَّدَاقِ . أَوْ : بَعُهُ ، وَأَنَا أُعْطِيكَ الثَّمَنَ . أَوْ : أَتْرُكُهُ ، وَلَا تُطَالِبُهُ ،
وَأَنَا أُعْطِيكَ . وَنَحْوَ ذَلِكَ .

قوله : وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . بِلَا نِزَاعٍ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُمَا مَعًا
أَيْضًا . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَغَيْرُهُ .

قوله : فِي الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، بِلَا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، فَإِنْ
مَاتَ أَحَدُهُمَا ، فَمِنْ التَّرَكَّةِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْمَذْهَبُ حَيَاةً وَمَوْتًا . وَعَنْهُ ،
يُبْرَأُ الْمَدْيُونُ بِمُجَرَّدِ الضَّامِنِ ، إِنْ كَانَ مَيِّتًا مُفْلِسًا . نَصَّ عَلَيْهِ ، عَلَى مَا يَأْتِي .

يَبْرَأُ الْمُحِيلُ بِنَفْسِ الْحَوَالَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، بَلْ يَثْبُتُ الْحَقُّ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ ،
 مَعَ بَقَائِهِ فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ . فعلى هذا ، لصاحبِ الْحَقِّ مُطَالَبَةٌ مَنْ
 شَاءَ مِنْهُمَا فِي الْحَيَاةِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ،
 وَإِسْحَاقُ^(١) ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ^(٢) . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ فِي
 إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ ، أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ الضَّامِنُ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ
 عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ ، فَلَا يُسْتَوْفَى الْحَقُّ مِنْهَا إِلَّا مَعَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الْأَصْلِ ،
 كَالرَّهْنِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » . وَلِأَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ
 فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، فَمَلَكُ مُطَالَبَتِهِ ، كَالأَصْلِ . وَلِأَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي
 ذِمَّتِهِمَا ، فَمَلَكُ مُطَالَبَةِ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، كَالضَّامِنَيْنِ إِذَا تَعَذَّرَتْ مُطَالَبَةُ
 الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَلَا يُشَبِّهُ الرَّهْنَ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، وَلَيْسَ
 بِذِي^(٣) ذِمَّةٍ يُطَالَبُ ، إِنَّمَا يُطَالَبُ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ؛ لِيَقْضَى مِنْهُ أَوْ مِنْ
 غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : الْكَفَالَةُ وَالْحَوَالَةُ سُوءٌ ، وَكِلَاهُمَا يَنْقُلُ الْحَقَّ عَنْ
 ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ وَالْمُحِيلِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ^(٤) أَبِي لَيْلَى ، وَابْنِ
 شُبْرُمَةَ ، وَدَاوُدَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً ، أَنَّ الْمَيْتَ يَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصٌّ
 عَلَيْهِ أَحْمَدُ^(٥) فِي رِوَايَةِ يُوسُفَ بْنِ مُوسَى . وَاحْتَجُّوا بِمَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « عبيدة » .

(٣) في م : « بدين » .

(٤) سقط من : الأصل .

الخُدْرِيُّ قَالَ : كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي جِنَازَةٍ ، فَلَمَّا وُضِعَتْ ، قَالَ : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ » . قَالُوا : نَعَمْ ، دِرْهَمَانِ . فَقَالَ : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » . فَقَالَ عَلِيٌّ : هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ . فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى عَلِيٍّ فَقَالَ : « جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا ، وَفَكَ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَذَا لَعَلِّي خَاصَّةٌ ، أَمْ لِلنَّاسِ عَامَّةٌ ؟ فَقَالَ : « بَلْ لِلنَّاسِ عَامَّةٌ » . رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ^(١) . فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْمَضْمُونَ عَنْهُ بَرِيٌّ بِالضَّمَانِ^(٢) ، وَلِذَلِكَ صَلَّى عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي « الْمُسْنَدِ »^(٣) عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : تُوَفِّي صَاحِبٌ لَنَا ، فَأَتَيْنَا بِهِ النَّبِيَّ ﷺ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ، فَخَطَا خُطْوَةً ، ثُمَّ قَالَ : « أَعْلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » . قُلْنَا : دِينَارَانِ . فَانْصَرَفَ ، فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ ، فَقَالَ : الدِّينَارَانِ عَلَيَّ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : [٤ / ٦٥ ط] « وَجَبَ حَقُّ الْغَرِيمِ ، وَبَرِيٌّ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : « مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟ » . قَالَ : إِنَّمَا مَاتَ أُمْسٍ . قَالَ : فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَدِ ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا .

(١) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٤٧ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ .

(٢) في م : « بالضامن » .

(٣) تقدمت قصة أبي قتادة عن سلمة بن الأكوع في ٦ / ٢١ ، والقصة هنا عن جابر أخرجه الإمام أحمد ، في :

المسند ٣ / ٣٣٠ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب التشديد في الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود

٢٢١ / ٢ .

فقال رسول الله ﷺ : « الْآنَ بَرَّدَتْ عَلَيْهِ ^(١) جِلْدُهُ » . وهذا صريح في براءة المَضمُون عنه ؛ لقوله : « وَبَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا » . ولأنَّ دَيْنَ واحدٍ ، فإذا صار في ذِمَّةٍ ثَانِيَةٍ ^(٢) ، بَرَّتِ الْأُولَى منه ، كالمُحال به ؛ لأنَّ الدَّيْنَ ^(٣) الواحد لا يَحِلُّ في مَحَلِّينِ . ولنا ، قول النبي ﷺ : « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » ^(٤) . وقوله في خبرٍ أَى قَتَادَةَ : « الْآنَ بَرَّدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ » . حين أَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ . ولأنَّها وَثِيقَةٌ ، فلا تَنْقُلُ الْحَقَّ ، كَالشَّهَادَةِ . فَأَمَّا صَلَاةُ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى الْمَضمُون عنه ؛ فَلأنَّه بِالضَّمَانِ صار له وَفَاءٌ ، وَإِنَّمَا كَانَ ، عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، يَمْتَنِعُ مِنَ الصَّلَاةِ عَلَى مَدِينٍ لم يُخَلَّفْ وَفَاءً . وَأَمَّا قَوْلُهُ لَعْلَى : « فَكَلَّ اللَّهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَّكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فَإِنَّه كَانَ بِحَالٍ لَا يُصَلِّي عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فَلَمَّا ضَمِنَهُ فَكَّهُ مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ . وقوله : « بَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا » . أَى صِرْتَ أَنْتَ الْمُطَالَبُ بِهِمَا . وهذا على وَجْهِ التَّأْكِيدِ ؛ لِثُبُوتِ الْحَقِّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَوُجُوبِ الْأَدَاءِ عَنْهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ حين أَخْبَرَهُ بِالْقَضَاءِ : « الْآنَ بَرَّدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ » . وَفَارَقَ الضَّمَّانُ الْحَوَالَةَ ، فَإِنَّ الضَّمَّانَ مُشْتَقٌّ مِنَ الضَّمِّ بَيْنَ الذَّمَّتَيْنِ فِي تَعَلُّقِ الْحَقِّ بِهِمَا وَثُبُوتِهِ فِيهِمَا ، وَالْحَوَالَةُ مِنَ التَّحَوُّلِ ،

(١) زيادة من : را . وهى موافقة لما فى المسند .

(٢) فى را ، ق ، م : « نَائِبَةٌ » .

(٣) سقط من : الأصل ، را .

(٤) تقدم تخريجه فى ٢١/٦ .

فَإِنْ بَرِّتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، بَرِيَ الضَّامِنُ ، وَإِنْ بَرِيَ الْمَقْنَعِ الضَّامِنُ ، أَوْ أَقَرَّ بِبَرَاءَتِهِ ، لَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ .

الشرح الكبير

فَتَقْتَضِي تَحَوُّلَ الْحَقِّ عَنْ مَحَلِّهِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الدَّيْنَ الْوَاحِدَ لَا يَحِلُّ مَحَلِّينَ . قُلْنَا : يَجُوزُ تَعَلُّقُهُ بِمَحَلِّينَ عَلَى سَبِيلِ الْاِسْتِثْنَاءِ ، كَتَعَلُّقِ دَيْنِ الرَّهْنِ بِهِ وَبذِمَّةِ الرَّاهِنِ . كَذَلِكَ هَذَا .

١٨٢٤ - مسألة : (فَإِنْ بَرِّتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بَرِيَ الضَّامِنُ) متى بَرِّتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ^(١) بِقَضَاءٍ أَوْ إِبْرَاءٍ ، بَرِّتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ ^(٢) ، وَلِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ ، فَإِذَا بَرِيَ الْأَصْلُ ، زَالَتْ الْوَثِيقَةُ ، كَالرَّهْنِ .

١٨٢٥ - مسألة : (وَإِنْ بَرِيَ الضَّامِنُ ، أَوْ أَقَرَّ بِبَرَاءَتِهِ ، لَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ) لِأَنَّهُ أَصْلٌ ، فَلَا يَبْرَأُ بِإِبْرَاءِ التَّبَعِ ، وَلِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ اِنْحَلَّتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ مِنْهَا ، فَلَمْ تَبْرَأْ ذِمَّةُ الْأَصْلِ ، كَالرَّهْنِ إِذَا اِنْفَسَخَ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءٍ . وَابْتِهَامَا قَضَى الْحَقُّ بَرِّئًا جَمِيعًا مِنَ الْمَضْمُونِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاحِدٌ ، فَإِذَا اسْتُوفِيَ مَرَّةً ، زَالَ تَعَلُّقُهُ بِهِمَا ، كَمَا لَوْ اسْتُوفِيَ الْحَقُّ الَّذِي بِهِ رَهْنٌ ، وَإِنْ أَحَالَ أَحَدُهُمَا الْغَرِيمَ ، بَرِّئَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَالْقَضَاءِ .

قوله : فَإِنْ بَرِّتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، بَرِيَ الضَّامِنُ ، وَإِنْ بَرِيَ الضَّامِنُ ، أَوْ أَقَرَّ بِبَرَاءَتِهِ ، لَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ . بِلا نزاع . وَيَأْتِي بَعْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ اعْتَرَفَ الْمَضْمُونُ لَهُ بِالْقَضَاءِ ، أَوْ قَالَ : بَرِّتْ إِلَيَّ ، أَوْ أَبْرَأْتُكَ .

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل ، ق ، م ، : « بيع » .

المقنع ولو ضَمِنَ ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ عَنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، فَأَسْلَمَ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، بَرِيٌّ هُوَ وَالضَّامِنُ مَعًا .

الشرح الكبير

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ الْحَقُّ عَنِ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرَ ، سِوَاءَ ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ جَمِيعَهُ أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، فَإِنْ ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ جَمِيعَهُ ، بَرِيٌّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِأَدَاءِ أَحَدِهِمْ ، وَإِنْ أَتَى الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، بَرِيٌّ الْجَمِيعُ ؛ لِأَنَّهُمْ فُرُوعٌ لَهُ ، وَإِنْ بَرِيٌّ^(١) أَحَدُ الضَّامِنَيْنِ بَرِيٌّ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُمْ غَيْرُ فُرُوعٍ لَهُ ، فَلَمْ يَتَرَعَوْا بِيَرَاعَتِهِ ، كَالْمَضْمُونِ [٦٦/٤] عَنْهُ . وَإِنْ ضَمِنَ أَحَدُهُمْ صَاحِبَهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ فِي ذِمَّتِهِ بِضَمَانِهِ الْأَصْلِيِّ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ ثَانِيًا ، وَلِأَنَّهُ أَصْلٌ فِيهِ بِالضَّامِنِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ فِيهِ فَرَعًا . وَلَوْ تَكَفَّلَ بِالرَّجُلِ الْوَاحِدِ اثْنَانِ ، جَازَ . وَيَجُوزُ أَنْ يَكْفُلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَفِيلَيْنِ صَاحِبَهُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَالَهَ بِيَدَيْهِ ، لَا بِمَا فِي ذِمَّتِهِ . وَأَيُّ الْكَفِيلَيْنِ أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ ، بَرِيٌّ ، وَبَرِيٌّ صَاحِبُهُ مِنَ الْكَفَالَهَ بِهِ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُ ، وَلَمْ يَتَرَأَ مِنْ إِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ كَفَلَ الْمَكْفُولُ بِهِ الْكَفِيلَ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلٌ لَهُ فِي الْكَفَالَهَ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَصِيرَ فَرَعًا لَهُ^(٣) فِيمَا كَفَلَ بِهِ ، وَإِنْ كَفَلَ بِهِ فِي غَيْرِهِ ، جَازَ .

١٨٢٦ - مَسْأَلَةٌ : (وَلَوْ ضَمِنَ ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ عَنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، فَأَسْلَمَ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، بَرِيٌّ هُوَ وَالضَّامِنُ مَعًا) لِأَنَّهُ بَرِيٌّ مِنْ

الإيناف

قوله : وَلَوْ ضَمِنَ ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ عَنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، فَأَسْلَمَ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ الْمَضْمُونُ

(١) فِي م : أَيْ بَرِيٌّ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : رَأَى ، م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير

الخَمْرِ الذِي ضَمِنَ عَنْهُ ؛ إِذْ لَا يَجُوزُ وَجُوبُ خَمْرِ عَلَى مُسْلِمٍ ، وَإِذَا بَرِئَ
الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، بَرِئَ الضَّامِنُ ؛ لِأَنَّهُ فَرَعُهُ . وَإِنْ أَسْلَمَ الْمَضْمُونُ لَهُ ، بَرِئَ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُسْلِمِ الْمُطَالَبَةُ بِثَمَنِ الْخَمْرِ ؛ لَكُونَهُ لَا قِيمَةَ لَهُ فِي
الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ أَسْلَمَ الضَّامِنُ ^(١) وَحْدَهُ ، بَرِئَ ، وَلَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ؛
لِأَنَّهُ أَصْلٌ ، فَلَمْ يَبْرَأْ بِبِرَاءَةِ فَرَعِهِ ، كَمَا لَوْ أَبْرَاهُ الْمَضْمُونُ لَهُ .

١٨٢٧ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ) لَا يَصِحُّ
الضَّامِنُ إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ

الإنصاف

عَنْهُ ، بَرِئَ هُوَ وَالضَّامِنُ مَعًا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، نَصَّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ،
إِنْ لَمْ يُسْلَمْ الْمَضْمُونُ لَهُ ، فَلَهُ قِيمَتُهَا . وَقِيلَ : يُوكَلَّا ذِمِّيًّا يَشْتَرِيهَا . وَلَوْ أَسْلَمَ
ضَامِنُهَا ، بَرِئَ وَحْدَهُ .

قوله : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ . يُسْتَشْنَى مِنْ ذَلِكَ ، الْمُفْلِسُ الْمَخْجُورُ
عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ .
^(٢) وَجُزِمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُشْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدْ
صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي هَذَا الْكِتَابِ ، فِي بَابِ الْحَجْرِ ؛ حَيْثُ قَالَ : وَإِنْ تَصَرَّفَ
فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، صَحَّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَفِي

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

يُقَصِّدُ بِهِ الْمَالَ ، فَصَحَّ مِنَ الْمَرَاةِ ، كَالْبَيْعِ .

الشرح الكبير

« التَّبَصُّرَةُ » رِوَايَةٌ ؛ لَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُفْلِسِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . أَوْ يَكُونُ مَفْهُومُ كَلَامِهِ هُنَا مَخْصُوصًا ^(١) بِمَا صَرَّحَ بِهِ هُنَاكَ ^(٢) ، وَهُوَ أَوَّلَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَيَتَوَجَّهُ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَدَمُ صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ فِي ذِمَّتِهِ .

الإنصاف

تَنْبِيهِ : قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » : وَمَنْ صَحَّ تَصَرُّفُهُ بِنَفْسِهِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ ، وَمَنْ لَا ، فَلَا . وَقِيلَ : يَصِحُّ ضَمَانُ مَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَاهِهِ ، وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فِكِّ الْحَجَرِ ، كَالْمُفْلِسِ . وَصَرَّحُوا بِصِحَّةِ ضَمَانِ الْمُفْلِسِ ، وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فِكِّ الْحَجَرِ ، فَيَكُونُ ^(٣) عُمُومٌ كَلَامِهِمْ أَوَّلًا مَخْصُوصًا بِغَيْرِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِلْمُفْلِسِ .

تَنْبِيهِ : دَخَلَ فِي عُمُومِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، صِحَّةُ ضَمَانِ الْمَرِيضِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهُ ، بَلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ إِنْ مَاتَ فِي مَرَضِهِ ، حُسِبَ مَاضِيَتَهُ مِنْ ثَلَاثِهِ .

فَائِدَةٌ : فِي صِحَّةِ ضَمَانِ الْمُكَاتِبِ لغيرِهِ ، وَجِهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « النُّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ تَبَرُّعِهِ سِوَى الْمُفْلِسِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ : وَمَنْ صَحَّ تَصَرُّفُهُ بِنَفْسِهِ ، زَادَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَتَبَرُّعُهُ بِمَالِهِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي : يَصِحُّ ^(٣) . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ : وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ،

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « صَرَّحَ بِهِ هُنَا » .

(٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ ، ط .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَا يَصِحُّ » .

وَلَا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ ، وَلَا صَبِيٍّ ، وَلَا سَفِيهِ ، وَلَا مِنْ عَبْدٍ بغيرِ
 [١١١ ط] إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيُتَّبَعَ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ .
 وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، صَحَّ ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةَ سَيِّدِهِ ؟
 عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٢٨ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ مِنْ صَبِيٍّ ، وَلَا مَجْنُونٍ ، وَلَا سَفِيهِ ،
 وَلَا مِنْ عَبْدٍ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وعنه ، يَصِحُّ ، وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَإِنْ
 ضَمِنَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، صَحَّ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةَ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى
 رِوَايَتَيْنِ) لَا يَصِحُّ الضَّمَانُ مِنْ مَجْنُونٍ وَلَا مُبْرَسَمٍ وَلَا صَبِيٍّ غَيْرِ مُمَيِّزٍ ،
 بغيرِ خِلافٍ ؛ لِأَنَّهُ إِجْبَابُ مَالٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُمْ ، كَالْتَنَذَرِ وَالْإِقْرَارِ . وَلَا

الإنصاف

كَالْقِنِّ . وَقِيلَ : يَصِحُّ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَصِحُّ بغيرِ إِذْنِهِ . وَلَعَلَّ الْمَذْهَبَ . وَجَزَمَ بِهِ
 فِي « الْكَافِي » . وَقَدَّمَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ
 رَزِينٍ » ، عَدَمَ الصَّحَّةِ ، إِذَا كَانَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَأُطْلِقُوا الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا كَانَ
 بِإِذْنِهِ .

قوله : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، وَلَا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ ، وَلَا صَبِيٍّ ،
 وَلَا سَفِيهِ . أَمَّا الْمَجْنُونُ ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَكَذَا الصَّبِيُّ غَيْرُ
 الْمُمَيِّزِ ، وَكَذَا الْمُمَيِّزُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَدَّمَهُ
 فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْفُرُوع » ، وَغَيْرَهُمَا . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ .
 « وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ »^(١) . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ ضَمَانُهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ،
 وَالشَّارِحُ : خَرَجَ أَصْحَابُنَا صِحَّةَ ضَمَانِهِ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي صِحَّةِ إِقْرَارِهِ . وَيَأْتِي حُكْمُ

يَصِحُّ مِنَ السَّفِيهِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ . وهو قولُ الشافعي . وقال القاضي :
يَصِحُّ ، وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فَلَكَ الْحَجَرُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ مِنْ أَصْلِنَا أَنْ إِقْرَارَهُ صَحِيحٌ ،
يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فَلَكَ الْحَجَرُ عَنْهُ ، كَذَلِكَ ضَمَانُهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ إِيْجَابُ
مَالٍ بِعَقْدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنْهُ ، كَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . فَأَمَّا الْإِقْرَارُ ، فَلَنَا فِيهِ مَنْعٌ .
وإِنْ سُلِّمَ ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ سَابِقٍ . وَأَمَّا الصَّبِيُّ
الْمُمَيِّزُ ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ . وهو قولُ الشافعي . وَخَرَجَ أَصْحَابُنَا صِحَّتَهُ
عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي صِحَّةِ إِقْرَارِهِ وَتَصَرُّفِهِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا الْجَمْعُ ؛
لِأَنَّ هَذَا التَّزَامُ «مَالٍ لَا» فَائِدَةٌ لَهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْتَّبَرُّعِ وَالنَّذْرِ ،
بِخِلَافِ الْبَيْعِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي وَقْتِ الضَّمَانِ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، [٤/٦٦ ط] فَقَالَ
الصَّبِيُّ : قَبْلَ بُلُوغِي . وَقَالَ الْمَضْمُونُ لَهُ : بَعْدَ الْبُلُوغِ . فَقَالَ الْقَاضِي :
قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ ؛ لِأَنَّ مَعَهُ سَلَامَةَ الْعَقْدِ ،
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي شَرْطٍ فَاسِدٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الضَّامِنِ ؛
لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْبُلُوغِ وَعَدَمُ وُجُوبِ الْحَقِّ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشافعي .
وَلَا يُشْبِهُ هَذَا مَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي شَرْطٍ فَاسِدٍ ؛ لِأَنَّ الْمُخْتَلِفَيْنِ ثُمَّ مُتَّفِقَانِ
عَلَى أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُمَا لَا يَتَصَرَّفَانِ إِلَّا تَصَرُّفًا صَحِيحًا ، فَكَانَ

إِقْرَارِهِ فِي بَابِهِ . وَقَالَ ابْنُ رَزِينٍ : وَقِيلَ : يَصِحُّ ، بِنَاءً عَلَى تَصَرُّفَاتِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا
فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ،
وَ«الْهَادِي» [٢/١٢١ ط] ، وَ«التَّلْخِيصِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ،

قول مُدَّعَى^(١) الصَّحَّةِ هو الظَّاهِرُ ، وههنا اختلفا في أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، وليس مع مَنْ يَدَّعِي الأَهْلِيَّةَ ظَاهِرٌ يَسْتَنِدُ إِلَيْهِ ، «ولا أَصْلُ يَرْجِعُ إِلَيْهِ» ، فلم تَرْجَحْ دَعْوَاهُ . والحُكْمُ في مَنْ عُرِفَ له حَالُ جُنُونٍ ، كالحُكْمِ في الصَّبِيِّ ، وإن لم يُعْرَفْ له حَالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُهُ . وأمَّا المَحْجُورُ عليه لِفَلَسٍ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهُ ، وَيَتَّبَعُ به بَعْدَ فَكِّ الحَجَرِ عنه ؛ لأنَّه مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، والحَجَرُ عليه في مَالِهِ ، لا في ذِمَّتِهِ ، فهو كَتَصَرُّفِ الرَّاهِنِ فيما عدا الرِّهْنِ . فأَمَّا العَبْدُ ، فلا يَصِحُّ ضَمَانُهُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، سَوَاءً كَانَ مَأْذُونًا له في التَّجَارَةِ أَوْ لا . وبهذا قال ابنُ أَبِي لَيْلَى ، والثَّوْرِيُّ^(٢) ، وأبو حَنِيفَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيَتَّبَعَ به بَعْدَ الْعِتْقِ . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ بما لا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى السَّيِّدِ ، كَالِإِقْرَارِ بِالْإِنْتِلَافِ . ولنا ، أَنَّهُ عَقْدٌ تَصَمَّنَ إِيْجَابَ مَالٍ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إِذْنِ السَّيِّدِ ، كَالنِّكَاحِ . وقال أَبُو ثَوْرٍ : إِنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ التَّجَارَةِ ، جاز ، وإِلَّا لم يَجُزْ . فَإِنْ ضَمِنَ

و «الْحَاوِيَيْنِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي «الْكَافِي» : وَخَرَجَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا صِحَّةَ ضَمَانِ الصَّبِيِّ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ،^(٣) عَلَى الرَّوَابِيتَيْنِ فِي صِحَّةِ بَيْعِهِ . وَقَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» : وَقِيلَ : يَصِحُّ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ^(٤) . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَوْ ضَمِنَ ، وَقَالَ : كَانَ قَبْلَ بُلُوغِي . وَقَالَ خَصْمُهُ : بَلْ بَعْدَهُ . فَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ أَنَّ الْقَوْلَ

(١) فِي الْأَصْلِ : «مَنْ يَدَّعِي» .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي الْأَصْلِ : «أَبُو ثَوْرٍ» .

(٤ - ٤) زِيَادَةُ مِنْ : ١ .

الشرح الكبير
 بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَن سَيِّدَهُ لَوْ أَذِنَ لَهُ ^(١) فِي التَّصَرُّفِ ، صَحَّ . قَالَ
 الْقَاضِي : وَبِقِيَاسِ الْمَذْهَبِ تَعَلَّقُ الْمَالُ بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنُ لَزِمِهِ بِفِعْلِهِ ، فَتَعَلَّقَ
 بِرَقَبَتِهِ ، كَأَرْشِ جِنَايَتِهِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ وَبِقِيَاسِهِ أَنَّهُ
 يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ . وَقَدْ ذَكَرَ شَيْخُنَا هُنَا رِوَايَتَيْنِ ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَبُو
 الْخَطَّابِ ، كَاسْتِدَانَتِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَإِنْ
 أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي الضَّمَانِ ؛ لِيَكُونَ الْقَضَاءُ مِنَ الْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ ، صَحَّ ،
 وَيَكُونُ مَا فِي ذِمَّتِهِ مُتَعَلِّقًا بِالْمَالِ الَّذِي فِي يَدِ الْعَبْدِ ، كَتَعَلُّقِ حَقِّ الْجِنَايَةِ
 بِرَقَبَةِ الْجَانِي ، كَمَا لَوْ قَالَ الْحُرُّ : ضَمِنْتُ لَكَ هَذَا الدَّيْنَ عَلَى أَنْ تَأْخُذَ مِنِّي
 مَالِي هَذَا . صَحَّ .

الإِنصاف
 قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ
 الضَّامِنِ . وَهِيَ شَبِيهَةٌ بِمَا إِذَا بَاعَ ، ثُمَّ ادَّعَى الصَّغَرَ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي
 الْخِيَارِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي أَجَلٍ أَوْ شَرْطٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَنْفِيهِ . وَالْمَذْهَبُ
 هُنَاكَ ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ، فَكَذَا هُنَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
 وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَأَمَّا السَّفِيهَةُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ
 ضَمَانُهُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
 وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
 وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
 وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا
 أَوْلَى . وَقِيلَ : يَصَحُّ . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ لِلْقَاضِي ، وَأَيُّ الْخَطَّابِ ، قَالَهُ ^(٢) فِي

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل ، ط : « قال » .

فصل : ولا يصح ضمان المكاتب بغير إذن سيده ، كالقن ؛ لأنه تبرع بالتزام مال ، أشبه^(١) نذر الصدقة بمال معين . ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه ، كقولنا في العبد . [٦٧/٤] وإن ضمن بإذنه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يصح أيضا ؛ لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية .

« المستوعب » ، وهو وجبة في « المذهب » . قال في « الكافي » : وقال القاضي : يصح ضمان السفينة ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه . قال : وهو بعيد . وأطلقهما في « المذهب » .

قوله : ولا من عبد بغير إذن سيده - هذا المذهب ، بلا ريب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب - ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق . وهو لأبي الخطاب ، وهو رواية عن أحمد ، فيطالبه به بعد عتقه . قال في « التلخيص » : والمنصوص ، يصح . بعد أن أطلق وجهين . قال في « القواعد الأصولية » : الصحة أظهر .

قوله : وإن ضمن بإذن سيده ، صح . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به أكثرهم . وحكى ابن رزين في « نهايته » وجهها بعدم الصحة .

قوله : وهل يتعلق برقبته أو ذممة سيده ؟ على روايتين . وقيل : وجهان . وأطلقهما في « الكافي » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المذهب الأحمد » ؛ إحداهما ، يتعلق بذمة سيده . وهو المذهب . جزم به في « الوجيز » . وصححه في « التصحيح » . وقدمه في « الفروع » ، ذكره في آخر الحجر . قال ابن عقيل : ظاهر المذهب وقياسه ، أن يتعلق بذمة سيده . والرواية الثانية ، يتعلق برقبته . قال

(١) بعده في الأصل : « ما لو » .

والثاني ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما . فأما المَرِيضُ ، فإن كان مَرَضُهُ غيرَ مَخُوفٍ ، أو لم يَتَّصِلْ به المَوْتُ ، فهو كالصَّحِيحِ ، وإن كان مَرَضَ المَوْتِ المَخُوفَ ، فحُكْمُ ضَمَانِهِ حُكْمُ تَبَرُّعِهِ ، يُحْسَبُ مِنْ ثُلْثِهِ ؛ لأنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْإِزَامِ مَالٍ لَا يَلْزَمُهُ ، ولم يَأْخُذْ عَنْهُ عَوَضًا ، أَشْبَهَ الْهَبَةَ . وإذا فُهِمَتْ إِشَارَةُ الْأَخْرَسِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ ؛ لأنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ وإِقْرَارُهُ وَتَبَرُّعُهُ ، أَشْبَهَ النَّاطِقَ ^(١) ، وَلَا يَثْبُتُ الضَّمَانُ بِكِتَابَتِهِ مُنْفَرِدَةً عَنْ إِشَارَةٍ يُفْهَمُ بِهَا أَنَّهُ قَصَدَ الضَّمَانَ ؛ لأنَّهُ قَدْ يَكْتُبُ عَبَثًا أَوْ تَجَرِبَةً قَلَمٍ ^(٢) ، فلم ^(٣) يَثْبُتِ الضَّمَانُ بِهِ مَعَ الْاِخْتِمَالِ . وَمَنْ لَا تُفْهَمُ إِشَارَتُهُ ، لَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ ؛ لأنَّهُ لَا يَدْرِي بِضَمَانِهِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ تَصَرُّفَاتِهِ .

القاضي : قِياسُ المَذْهَبِ ، أَنَّ المَالَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . واختاره ابنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » . قَالَ ابْنُ مُنَجِّجٍ فِي « شَرْحِهِ » : مَنَشُوهُمَا أَنَّ دُيُونَ المَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ؛ هَلْ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، أَوْ بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : وَالصَّحِيحُ هُنَاكَ التَّعَلُّقُ بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ . وَقَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » : وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . وَقِيلَ : بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ . وَقِيلَ : فِيهِ رِوَايَتَانِ ، كَأَسْتِدَانَتِهِ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي آخِرِ الْحَجْرِ . وَاخْتِيارُ فِي « الرُّعَايَةِ » ، أَنَّ يَكُونَ فِي كَسْبِهِ ، فَإِنْ عَدِمَ ، فَفِي رَقَبَتِهِ .

فائدة : يَصِحُّ ضَمَانُ الْأَخْرَسِ ، إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ، وَإِلَّا فَلَا .

(١) فِي م : « الْبَاطِنِ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الضَّامِنِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَضْمُونِ لَهُ ، وَلَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَا مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لَهُمَا ،

الشرح الكبير

١٨٢٩ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الضَّامِنِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَضْمُونِ لَهُ ، وَلَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَا مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لَهُمَا) لَا يَصِحُّ الضَّامِنُ إِلَّا بِرِضَا الضَّامِنِ ، فَإِنْ أُكْرِهَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ التَّزَامُ مَالٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ بِغَيْرِ رِضَا الْمُتَزَمِّ ، كَالْتَذَرِّ . وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَضْمُونِ لَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُعْتَبَرُ ؛ لِأَنَّهُ إِبْثَاتُ مَالٍ لَادِمِيٍّ ، فَلَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِرِضَاهُ ، أَوْ رِضَا مَنْ يَتَوَبُّ عَنْهُ ، كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ . وَعَنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ أَبَا قَتَادَةَ ضَمِنَ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْمَضْمُونِ لَهُ وَلَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَأَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلِأَنَّهَا وَثِيقَةٌ لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا قَبْضٌ ، فَأَشْبَهَتْ الشَّهَادَةَ ، وَلِأَنَّهُ ضَمَانٌ دَيْنٍ ، فَأَشْبَهَ ضَمَانَ بَعْضِ الْوَرَثَةِ دَيْنِ الْمَيِّتِ لِلْغَائِبِ ، وَقَدْ سَلَّمُوهُ . وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَضَى الدَّيْنُ عَنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَرِضَاهُ ، صَحَّ ، فَكَذَلِكَ إِذَا ضَمِنَ عَنْهُ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ أَبِي قَتَادَةَ . وَلَا يُعْتَبَرُ أَنْ يَعْرِفَهُمَا الضَّامِنُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهُمَا ، لِيَعْلَمَ هَلِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ^(١)

قوله : وَلَا يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لَهُمَا . هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . الإِنصاف . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المغني » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ، و « الفروع » ، و « الرعايتين » ،

(١) زيادة من : م .

المقنع وَلَا كَوْنُ الْحَقِّ مَعْلُومًا وَلَا وَاجِبًا إِذَا كَانَ مَالُهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، فَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ مَا عَلَى فُلَانٍ . أَوْ : مَا تُدَايِنُهُ بِهِ . صَحَّ .

الشرح الكبير أَهْلٌ لِاصْطِنَاعِ الْمَعْرُوفِ إِلَيْهِ أَوْ لَا ؟ وَلَيَعْرِفَ الْمَضْمُونُ لَهُ ، فَيُودَى إِلَيْهِ . وَذَكَرَ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ لَهُ ؛ لِذَلِكَ ، وَلَا يُعْتَبَرُ^(١) مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُعَامَلَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ نَحْوُ هَذَا . وَلَنَا ، حَدِيثُ عَلِيٍّ ، وَأَبِي قَتَادَةَ^(٢) ، فَإِنَّهُمَا ضَمِنَا لِمَنْ لَمْ يَعْرِفَا وَعَمَّنْ لَمْ يَعْرِفَا . وَلِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِالْإِثْرَامِ مَالٍ ، فَلَمْ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ مَنْ يَتَبَرَّعُ لَهُ بِهِ ، كَالْتَنْذِرِ .

١٨٣٠ - مسألة : (ولا) يُعْتَبَرُ (كَوْنُ الْحَقِّ مَعْلُومًا وَلَا وَاجِبًا إِذَا كَانَ مَالُهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، فَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ مَا عَلَى فُلَانٍ . أَوْ : مَا تُدَايِنُهُ بِهِ . صَحَّ) يَصِحُّ ضَمَانُ الْمَجْهُولِ ، فَمَتَى قَالَ : أَنَا [٦٧/٤ ط] ضَامِنٌ لَكَ مَا عَلَى فُلَانٍ . أَوْ : مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيْتَةُ . أَوْ : مَا يُقَرُّ بِهِ لَكَ . أَوْ : مَا يَخْرُجُ

الإنصاف و « الْحَاوِثَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ النَّازِظُ وَغَيْرُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهُمَا . وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْبَنَّا . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ؛ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الْمَضْمُونِ لَهُ ، دُونَ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ .

قوله : وَلَا كَوْنُ الْحَقِّ مَعْلُومًا - يَعْنِي ، إِذَا كَانَ مَالُهُ إِلَى الْعِلْمِ - وَلَا وَاجِبًا إِذَا كَانَ مَالُهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، فَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ مَا عَلَى فُلَانٍ . أَوْ مَا تُدَايِنُهُ بِهِ ، صَحَّ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِي « الْمُغْنَى » ، اِحْتِمَالٌ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجهما في صفحة ٩ .

في رُوز مَانَجَك^(١) . صَحَّ الضَّمانُ . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الثَّوري ، والليث ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه التِّزَامُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كالتَّامَن . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى :

ضَمَانٌ مَا سَيَجِبُ . فعلى المذهب ، يجوزُ له إبطالُ الضَّمانِ قبلَ وجوبه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « المُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « النِّظْمِ » ، و « الحَاوِيَيْنِ » ، و « الفُرُوعِ » : له إبطالُه قبلَ وجوبه في الأصحَّ . وجزم به في « المُنَوَّرِ » وغيره . واختاره ابنُ عَبْدِوسٍ في « تَذَكُّرَتِه » وغيره . وقيل : ليس له إبطالُه .

فائدَتان ؛ إحداهما ، لا يَصِحُّ ضَمَانٌ بعضِ الدِّينِ مُبَهَمًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزم به في « المُحَرَّرِ » ، و « تَذَكُّرَةِ ابنِ عَبْدِوسٍ » ، وغيرِهما . وقَدَّمه في « الفُرُوعِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِيَيْنِ » ، و « الفائقِ » . وقال أبو الخطَّابِ : يَصِحُّ ، ويُفسَّرُه . وقال في « عُيُونِ المَسَائِلِ » : لا تُعَرَّفُ الرُّوَايَةُ عن إمامنا ، فيُمنَعُ . وقد سلَّمه بعضُ الأصحابِ ؛ لجهالته حالًا ومآلًا . ولو ضَمِنَ أحدُ هَذَيْنِ الدِّينَيْنِ ، لم يَصِحَّ ، قولًا واحدًا . واختارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ صِحَّةَ ضَمَانِ الحَارِسِ ونحوه ، [١٢٢/٢] وتُجَارِ الحَرْبِ ما يَذْهَبُ مِنَ البَلَدِ أو مِنَ البَحْرِ ، وأنَّ غايته ضَمَانُ ما لم يَجِبْ . وضَمَانُ المَجْهُولِ كضَمَانِ السُّوقِ ، وهو أن يَضْمَنَ ما يَجِبُ على التُّجَّارِ للنَّاسِ مِنَ الدِّيُونِ ، وهو جائزٌ عندَ أَكْثَرِ العُلَمَاءِ ، كمالكٍ ، وأبي حنيفة ، وأحمد . الثانيةُ ، لو قال : ما أُعْطِيتُ فُلَانًا ، فهو على . فهل يكونُ ضامِنًا لما يُعْطِيهِ في المُسْتَقْبَلِ ، أو لما أُعْطَاهُ في الماضِي ، ما لم تُصَرِّفه قَرِينَةً

(١) كذا في النسخ : « رُوز مَانَجَك »

والرُوزنامة : كتيب يتضمن معرفة الأيام والشهور على مدار السنة .

الشرح الكبير ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١) . وَحِمْلُ الْبَعِيرِ غَيْرُ مَعْلُومٍ ؛ لِأَنَّ حِمْلَ الْبَعِيرِ مُخْتَلِفٌ بِاخْتِلَافِهِ . وَعُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ »^(٢) . وَلِأَنَّهُ التَّزَامُ حَقٌّ فِي الذِّمَّةِ مِنْ غَيْرِ مُعَاوَضَةٍ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْتَنْذِرِ وَالْإِقْرَارِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِغَرَرٍ وَخَطَرٍ ، وَهُوَ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ . وَإِذَا قَالَ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَعَلَى ضَمَانِهِ . أَوْ قَالَ : ادْفَعْ ثِيَابَكَ إِلَى هَذَا الرَّفَاءِ وَعَلَى ضَمَانِهَا . فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْعِتْقِ وَالطَّلَاقِ .

فصل : وَيَصِحُّ ضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ ، فَلَوْ قَالَ : مَا أُعْطِيتَ فَلَانًا فَهُوَ عَلَى . صَحَّ . وَالْخِلَافُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ كَالْتِي قَبَلَهَا ، وَدَلِيلُ الْقَوْلَيْنِ مَا ذَكَرْنَا . وَقَدْ قَالُوا^(٣) فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : الضَّمَانُ ضَمٌّ ذِمَّةٌ إِلَى ذِمَّةٍ فِي التَّزَامِ الدَّيْنِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ يُوجَدْ ضَمٌّ ، فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا . قُلْنَا : قَدْ ضَمَّ ذِمَّتَهُ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُهُ ، وَأَنَّ مَا يَثْبُتُ^(٤) فِي ذِمَّةٍ مَضْمُونُهُ يَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ . وَهَذَا كَافٍ .

الإنصاف عن أَحَدِهِمَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرَهُمَا فِي « الْإِرْشَادِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ لِلْمَاضِي . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مُرَادَ الْخِرْقِيِّ ، وَيُرْجَّحُهُ إِعْمَالُ الْحَقِيقَةِ .

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٣) في م : « قَالَ » .

(٤) (٤ - ٤) سقط من : م .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الضَّامِنِ ، المقنع

الشرح الكبير

وقد سَلَّمُوا ضَمَانَ مَا يُقْلِيهِ فِي الْبَحْرِ قَبْلَ وَجُوبِهِ بِقَوْلِهِ : أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَعَلَى ضَمَانِهِ . وَسَلَّمُوا أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ضَمَانَ الْجُعْلِ فِي الْجَعَالَةِ قَبْلَ الْعَمَلِ ، وَمَا وَجَبَ شَيْءٌ بَعْدُ .

١٨٣١ - مسألة : (وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الضَّامِنِ) نَحْوُ أَنْ يَضْمَنَ الضَّامِنُ ضَامِنٌ آخَرُ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ لِإِزْمٍ فِي ذِمَّتِهِ ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَسَائِرِ

الإنصاف . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَكُونُ لِلْمُسْتَقْبَلِ . ^(١) وَصَحَّحَهُ شَارِحُ « الْمُحَرَّرِ » ^(٢) . وَحَمَلَ الْمُصَنِّفُ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَمَا أُعْطِيَتْ فُلَانًا ، عَلَيَّ ، وَنَحْوُهُ ، وَلَا قَرِينَةً ، قُبِلَ مِنْهُ . وَقِيلَ : لِلْوَاجِبِ . انْتَهَى . وَقَدْ ذَكَرَ النُّحَاةُ الْوَجْهَيْنِ . وَقَدْ وَرَدَ لِلْمَاضِي ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ ﴾ ^(٣) . وَوَرَدَ لِلْمُسْتَقْبَلِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ﴾ ^(٤) . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ . قُلْتُ : قَدْ يَتَوَجَّهُ أَنَّهُ لِلْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ ، ^(١) فَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِأَحَدِهِمَا . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَقْدَمُهُ فِي « الْفُرُوعِ » ^(٢) .

تنبيه : مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ : وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الضَّامِنِ . أَيْ الدَّيْنُ الَّذِي ضَمِنَهُ الضَّامِنُ ، فَيُثْبِتُ الْحَقُّ فِي ذِمِّهِ الثَّلَاثَةَ . وَكَذَا يَصِحُّ ضَمَانُ الدَّيْنِ الَّذِي ^(٤) كَفَلَهُ الْكَفِيلُ ، فَيَبْرَأُ الثَّانِي بِإِبْرَاءِ الْأَوَّلِ ، وَلَا عَكْسَ . وَإِنْ قَضَى الدَّيْنِ الضَّامِنُ الْأَوَّلُ ،

(١ - ١) زيادة من : ١ .

(٢) سورة : آل عمران ١٧٣ .

(٣) سورة : البقرة ١٦٠ .

(٤) سقط من : الأصل .

الدُّيُون^(١) . وَيُثْبِتُ الْحَقُّ فِي ذِمَّةِ الثَّلَاثَةِ ، أَيُّهُمْ قَضَاهُ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُمْ كُلُّهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَاحِدٌ ، فَإِذَا قُضِيَ مَرَّةً سَقَطَ ، فَلَمْ يَجِبْ مَرَّةً أُخْرَى . وَإِنْ أَبْرَأَ الْعَرِيمُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، بَرِئَ الضَّامِنَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا فَرَعٌ ، وَإِنْ أَبْرَأَ الضَّامِنَ الْأَوَّلَ بَرِئَ الضَّامِنَانِ ؛ لِذَلِكَ^(٢) ، وَلَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ؛ لِإِذَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ أَبْرَأَ الضَّامِنَ الثَّانِيَّ ، بَرِئَ وَحْدَهُ . وَمَتَى حَصَلَتْ بَرَاءَةُ الذَّمَّةِ بِالْإِبْرَاءِ ، فَلَا رُجُوعَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ مَعَ الْعَرْمِ ، وَلَيْسَ فِي الْإِبْرَاءِ عَرْمٌ . وَالكِفَالَةُ كَالضَّمَانِ فِي هَذَا الْمَعْنَى^(٣) .

فصل : وَإِنْ ضَمِنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ الضَّامِنَ ، أَوْ تَكَفَّلَ الْمَكْفُولُ عَنْهُ الْكَفِيلَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَقْتَضِي إِزَامَهُ الْحَقُّ فِي ذِمَّتِهِ ، وَالْحَقُّ لَازِمٌ لَهُ ، فَلَا يُتَصَوَّرُ إِزَامُهُ ثَانِيًا ؛ وَلِأَنَّهُ أَصْلٌ فِي الدَّيْنِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ فَرَعًا فِيهِ . فَإِنْ ضَمِنَ عَنْهُ دَيْنًا آخَرَ ، أَوْ تَكَفَّلَ بِهِ فِي^(٤) حَقِّ آخَرَ ، جَاز ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَا .

رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَإِنْ قَضَاهُ الثَّانِي ، رَجَعَ عَلَى الضَّامِنِ الْأَوَّلِ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْأَوَّلُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، إِذَا كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا أَذِنَ لِصَاحِبِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَذِنًا ، فَقِيَ الرُّجُوعُ رِوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الْمَذْهَبُ الرُّجُوعُ . عَلَى مَا يَأْتِي فِيمَا إِذَا قُضِيَ الضَّامِنُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الذُّنُوبُ » .

(٢) فِي ق : « كَذَلِكَ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ م .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

وَدَيْنِ الْمَيْتِ الْمُفْلِسِ وَغَيْرِهِ ، وَلَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فِي أَصَحِّ
الرُّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٣٢ - مسألة : (و) يَصِحُّ ضَمَانُ (دَيْنِ الْمَيْتِ الْمُفْلِسِ
وغيره ، وَلَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، [٦٨/٤] فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ) يَصِحُّ
الضَّمَانُ عَنْ كُلِّ غَرِيمٍ وَجَبَ^(١) عَلَيْهِ حَقٌّ ، حَيًّا كَانَ أَوْ مَيِّتًا ، مَلِيًّا أَوْ
مُفْلِسًا . وَبِهِ قَالَ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ
الْمَيْتِ ، إِلَّا أَنْ يُخْلَفَ وَفَاءً ، فَإِنْ خَلَّفَ بَعْضَ الْوَفَاءِ ، صَحَّ ضَمَانُهُ بِقَدْرِ
مَا خَلَّفَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ سَاقِطٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ سَقَطَ بِالْإِبْرَاءِ ،
وَلِأَنَّ ذِمَّتَهُ قَدْ خَرِبَتْ خَرَابًا لَا تَعْمُرُ بَعْدَهُ ، فَلَمْ يَنْقُ فِيهَا دَيْنٌ ، وَالضَّمَانُ
ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ . وَلَنَا ، حَدِيثُ أَبِي قَتَادَةَ^(٢) (وَعَلَى^(٣)) ، فَإِنَّهُمَا ضَمِنَا دَيْنَ
مَيْتٍ لَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً ، وَقَدْ حَضَّاهُمُ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى ضَمَانِهِ فِي حَدِيثٍ أَبِي

الدَّيْنِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » ، فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ : وَلَمْ يَرْجِعِ الْأَوَّلُ عَلَى أَحَدٍ ، عَلَى
الْأَظْهَرِ . وَيَأْتِي بَعْضُ مَسَائِلَ تَتَعَلَّقُ بِالضَّامِنِ ، إِذَا تَعَدَّدَ ، وَغَيْرِهِ فِي الْكِفَالَةِ ،
فَلْيُعْلَمَ .

قوله : وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْمَيْتِ الْمُفْلِسِ وَغَيْرِهِ . أَيْ وَغَيْرِ الْمُفْلِسِ . يَصِحُّ
ضَمَانُ دَيْنِ الْمَيْتِ الْمُفْلِسِ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْمَيْتِ غَيْرِ
الْمُفْلِسِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ .
قوله : وَلَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : وَجَبَ .

(٢) (٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ م .

قَتَادَةَ بِقَوْلِهِ : « أَلَا قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ »^(١) . وهذا صَرِيحٌ فِي الْمَسْأَلَةِ ،
وَلأنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ خَلَفَ وَفَاءً . وَدَلِيلُ ثُبُوتِهِ ، أَنَّهُ
لَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِقَضَاءِ ذَنْبِهِ ، جَازَ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ^(٢) اقْتِضَاؤُهُ ، وَلَوْ ضَمِنَهُ
حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ^(٣) تَبْرَأْ ذِمَّةُ^(٤) الضَّامِنِ ، وَلَوْ بَرَّتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ،
بَرَّتْ ذِمَّةُ الضَّامِنِ ، وَفِي هَذَا انفِصَالٌ عَمَّا ذَكَرُوهُ . إِذَا ثَبَتَ صِحَّةُ ضَمَانِ
دَيْنِ الْمَيِّتِ ، فَإِنَّ ذِمَّتَهُ لَا تَبْرَأُ مِنَ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فِي إِحْدَى
الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى
عَنْهُ »^(٥) . وَلأنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَأَلَ أَبَا قَتَادَةَ عَنِ الدَّيْنَارَيْنِ اللَّذَيْنِ
ضَمِنَهُمَا ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا^(٦) ، فَقَالَ : « الْآنَ بَرَّدَتْ جِلْدَتُهُ » .
رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ . وَلأنَّهُ وَثِيقَةٌ بِدَيْنٍ ، فَلَمْ يَسْقُطْ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، كَالرَّهْنِ ،
وَكَالشَّهَادَةِ . وَالثَّانِيَةُ : تَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ
يُوسُفَ بْنِ مُوسَى ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ : « وَبَرِئَ الْمَيِّتُ
مِنْهُمَا ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ^(٧) فِي أَوَّلِ الْبَابِ^(٨) .

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ .
وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يُبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمَانِ . نَصَّ عَلَيْهَا ، وَتَقَدَّمَتْ .

(١) تقدم تخريجه في ٢١/٦ .

(٢) في م : « الحق » .

(٣ - ٣) في م : « يبدأ منه » .

(٤) تقدم تخريجه في ٢٠/٦ .

(٥) في الأصل : « قبضتهما » .

(٦ - ٦) زيادة من : الأصل .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ عَهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنْ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي ، وَعَنْ الْمُقْتَنِعِ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ .

الشرح الكبير

فصل : وَيَصِحُّ الضَّمَانُ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ الْوَاجِبَةِ ، وَالتِّي تُتَوَلَّى إِلَى الْوُجُوبِ ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ وَبَعْدَهُ ، وَالْأَجْرَةِ ، وَالْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْحُقُوقَ لَازِمَةٌ ، وَجَوَازُ سُقُوطِهَا لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ ضَمَانِهَا ، كَالثَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْخِيَارِ ، يَجُوزُ أَنْ يَسْقُطَ بِالرُّدِّ بِالْعَيْبِ وَبِالْمُقَايِلَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

١٨٣٣ - مَسْأَلَةٌ : (وَيَصِحُّ ضَمَانُ عَهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنْ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي ، وَعَنْ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ) فَضْمَانُهُ عَنْ ^(١) الْمُشْتَرِي ، هُوَ أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنَ الْوَاجِبَ بِالْبَيْعِ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، ^(٢) «أَوْ إِنْ» ظَهَرَ فِيهِ عَيْبٌ أَوْ اسْتُحِقَّ ، رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَى الضَّامِنِ ، وَضْمَانُهُ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي ، هُوَ أَنْ يَضْمَنَ عَنِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ ، أَوْ

الإنصاف

قوله : وَيَصِحُّ ضَمَانُ عَهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنْ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي ، وَعَنْ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ . بِإِلْزَاعٍ فِي الْجُمْلَةِ . وَحَكَى النَّاطِمُ وَغَيْرُهُ ، فِيهِ خِلَافًا . فَضْمَانُهُ عَنِ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ ؛ أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنَ الْوَاجِبَ قَبْلَ تَسْلِيمِهِ ، أَوْ إِنْ ظَهَرَ بِهِ عَيْبٌ ، أَوْ اسْتُحِقَّ . وَضْمَانُهُ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي ؛ أَنْ يَضْمَنَ عَنِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ أَوْ أَرُشَ الْعَيْبِ . وَضْمَانُ الْعَهْدَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، هُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ أَوْ بَعْضُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ . وَأَصْلُ الْعَهْدَةِ ؛ هُوَ الْكِتَابُ الَّذِي

(١) فِي م : ع ل .

(٢ - ٢) فِي م : و ا ن .

أَرَشَ الْعَيْبِ . فَضْمَانُ الْعَهْدَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ هُوَ ضَمَانُ الثَّمَنِ أَوْ جُزْءٍ مِنْهُ
 عَنْ أَحَدِهِمَا لِلْآخَرِ . وَالْعَهْدَةُ ؛ الْكِتَابُ الَّذِي تُكْتَبُ فِيهِ وَثِيقَةٌ [٦٨/٤ ط]
 الْبَيْعِ ، وَيُذَكَّرُ فِيهِ الثَّمَنُ ، فَعُبِّرَ بِهِ عَنِ الثَّمَنِ الَّذِي يَضُمُّهُ . وَمِمَّنْ أَجَازَ
 ضَمَانَ الْعَهْدَةِ فِي الْجُمْلَةِ ؛ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَمَنْعَ مِنْهُ
 بَعْضُ (أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ) ؛ لِكَوْنِهِ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ ، وَضَمَانَ
 مَجْهُولٍ ، وَضَمَانَ عَيْنٍ . وَقَدْ ثَبَتَ جَوَازُ الضَّمَانِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . وَلِأَنَّ
 الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى الْوَثِيقَةِ عَلَى الْبَائِعِ ، وَالْوَثَائِقُ ثَلَاثَةٌ ؛ الشَّهَادَةُ ، وَالرَّهْنُ ،
 وَالضَّمَانُ . فَأَمَّا الشَّهَادَةُ فَلَا يُسْتَوْفَى مِنْهَا الْحَقُّ ، وَأَمَّا الرَّهْنُ فَلَا يَجُوزُ
 فِي ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَبْقَى أَبَدًا مَرْهُونًا ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا
 الضَّمَانُ . وَلِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا مَا كَانَ وَاجِبًا حَالَ الْعَقْدِ ؛ (١) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ
 بِالضَّمَانِ حُكْمٌ إِذَا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيًّا حَالَ الْعَقْدِ (٢) ، وَمَتَى كَانَ
 كَذَلِكَ ، فَقَدْ ضَمِنَ مَا وَجَبَ حِينَ الْعَقْدِ ، وَالْجَهَالَةُ مُنْتَفِيَةٌ (٣) ؛ لِأَنَّهُ

تُكْتَبُ فِيهِ الْوَثِيقَةُ لِلْبَيْعِ ، وَيُذَكَّرُ فِيهِ الثَّمَنُ . ثُمَّ عُبِّرَ بِهِ عَنِ الثَّمَنِ الَّذِي يَضُمُّهُ .
 وَالْأَفَاطُ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ : ضَمِنْتُ عَهْدَتَهُ ، أَوْ ثَمَنَهُ ، أَوْ دَرَكَهُ . أَوْ يَقُولُ لِلْمُشْتَرِي :
 ضَمِنْتُ خَلَاصَكَ مِنْهُ . أَوْ مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، فَقَدْ ضَمِنْتُ لَكَ الثَّمَنَ .
 وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » ، وَ « الشَّافِي » : لَا يَصِحُّ
 ضَمَانُ الدَّرَكِ . قَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ : أَرَادَ أَبُو بَكْرٍ ضَمَانَ الْعَهْدَةِ . وَرَدَّ . فَقَالَ
 الْقَاضِي : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ ضَمَانَ الدَّرَكِ لَثَمَنِ الْمَبِيعِ يَصِحُّ ، وَإِنَّمَا الَّذِي

(١ - ١) فِي م : « أَصْحَابِهِ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مُنْتَفِيَةٌ » .

ضَمِنَ الْجُمْلَةَ ، فَإِذَا خَرَجَ بَعْضُهُ مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَهُ بَعْضُ مَا ضَمِنَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْعَهْدَةِ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وَبَعْدَهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنَّمَا يَصِحُّ بَعْدَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ لَوْ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَجِبْ عَلَى الْبَائِعِ شَيْءٌ . وَهَذَا يَنْبَنِي عَلَى ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبْ إِذَا كَانَ مُفْضِيًّا إِلَى الْوُجُوبِ ، كَالْجَعَالَةِ ، وَسَنَذْكُرُهَا .

وَأَلْفَاظُ ضَمَانِ الْعَهْدَةِ ^(١) قَوْلُهُ : ضَمِنْتُ عَهْدَتَهُ . أَوْ : ثَمَنَهُ . أَوْ : دَرَكَهُ . أَوْ يَقُولُ لِلْمُشْتَرِي : ضَمِنْتُ خَلَاصَكَ مِنْهُ . أَوْ : مَتَى خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا فَقَدْ ضَمِنْتُ لَكَ الثَّمَنَ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا قَالَ : ضَمِنْتُ ^(٢) عَهْدَتَهُ . أَوْ : ضَمِنْتُ لَكَ الْعَهْدَةَ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَهْدَةَ الصَّلَكُ بِالْإِتْيَاعِ ، كَذَا فَسَّرَهُ أَهْلُ اللُّغَةِ ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الْعَهْدَةَ فِي الْعُرْفِ عِبَارَةٌ عَنِ الدَّرَكِ

لَا يَصِحُّ ، ضَمَانُ الدَّرَكِ لِعَيْنِ الْمَبِيعِ . وَقَدْ بَيَّنَّهُ أَبُو بَكْرٍ ، فَقَالَ : إِنَّمَا ضَمِنَهُ يُرِيدُ الثَّمَنَ ، لَا الْخَلَاصَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ مَا لَا يَمْلِكُ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، أَوْ مَأً إِلَى هَذَا أَحْمَدُ . فَوَائِدُ ؛ الْأُولَى ، لَوْ بَنَى الْمُشْتَرِي ، وَنَقَضَهُ الْمُسْتَحَقُّ ، فَلَا نَقَاضَ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَرْجَعُ بِقِيَمَةِ التَّالِفِ عَلَى الْبَائِعِ ، وَهَلْ ^(٣) يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْعَهْدَةِ ^(٤) فِي حَقِّ ضَامِنِهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْعَهْدَةِ ^(٥) . قَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ،

(١) فِي ق ، م : « عَهْدَةِ الْمَبِيعِ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَكَ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَهَذَا » .

(٤ - ٥) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ ، ط .

وَضَمَانِ الثَّمَنِ ، وَالْمُطْلَقُ يُحْمَلُ عَلَى الْأَسْمَاءِ الْعُرْفِيَّةِ ، كَالرَّأْيَةِ ، تُحْمَلُ
عِنْدَ إِطْلَاقِهَا عَلَى الْمَزَادَةِ لَا (١) عَلَى الْجَمْلِ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ (٢) الْمَوْضُوعُ
لُعَةً . فَأَمَّا إِنْ ضَمِنَ لَهُ خَلَاصَ الْمَبِيعِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُوَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ
إِذَا خَرَجَ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، لَمْ يَسْتَطِعْ تَخْلِيصَهُ ، وَلَا يَجِلُّ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ،
فِي رَجُلٍ بَاعَ عَبْدًا أَوْ أَمَةً ، وَضَمِنَ لَهُ الْخَلَاصَ ، فَقَالَ : كَيْفَ يَسْتَطِيعُ
الْخَلَاصَ إِذَا خَرَجَ حُرًّا ؟ . فَإِنْ ضَمِنَ عُهْدَةَ الْمَبِيعِ وَخَلَاصَهُ ، بَطَلَ فِي
الْخَلَاصِ . وَتَبَيَّنَى صِحَّتُهُ فِي الْعُهْدَةِ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ .

إِذَا ثَبَتَ صِحَّةُ ضَمَانِ الْعُهْدَةِ ، فَالْكَلَامُ فِيمَا يَلْزُمُ الضَّامِنَ ، فنَقُولُ :
اسْتِحْقَاقُ رُجُوعِ الْمُشْتَرَى بِالثَّمَنِ ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِسَبَبِ حَادِثٍ بَعْدَ
الْعَقْدِ ، أَوْ مُقَارِنٍ لَهُ ؛ فَأَمَّا الْحَادِثُ فَمِثْلُ تَلَفِ (٣) الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فِي
يَدِ الْبَائِعِ ، أَوْ بَعْضٍ مِنْ يَدِهِ ، أَوْ يَتَقَايِلَانِ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرَى يَرْجِعُ عَلَى
الْبَائِعِ دُونَ الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَ
الْاسْتِحْقَاقَ الْمَوْجُودَ حَالَ الْعَقْدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ ؛
[١٦٩/٤] لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ جَائِزٌ ، وَهَذَا مِنْهُ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ بِسَبَبِ
مُقَارِنٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ بِسَبَبِ لَا تَقْرِيضَ مِنَ الْبَائِعِ فِيهِ ، كَأَخْذِهِ

و « الْحَاوِيَيْنِ » . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ؛ فَإِنَّهُمَا مَاضِمَتَاهُ ، إِلَّا إِذَا ضَمِنَ مَا يَخْدُثُ فِي الْمَبِيعِ مِنْ بِنَاءٍ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ر ١ ، م .

(٣) سقط من : الأصل .

بالشفعة ، فإنَّ المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ، ولا يرجع على البائع . ولا الضامن . ومتى لم يجب على المضمون عنه ، لم يجب على الضامن بطريق الأولى . فأمَّا إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارن ؛ لتفريط من البائع ، باستحقاق ، أو حرية ، أو رد بعيب قديم ، فله الرجوع على الضامن ، وهذا ضمان العهدة ، وإن أراد أخذ أرش العيب ، رجع على الضامن أيضًا ؛ لأنه إذا لزمه كل الثمن ، لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كل المبيع مستحقًا أو بعضه ؛ لأنه إذا ظهر بعضه مستحقًا ، بطل العقد في الجميع ، في إحدى الروايتين ، فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق . وعلى الرواية الأخرى ، يبطل في البعض المستحق ، وله رد الجميع ، فإن ردها فهو كما لو استحققت كلها ، وإن أمسك بعضها فله المطالبة بالأرش ، كما لو وجدها معيبة . ولو باعه عينا أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عينا غيرها ، فتكفل رجل بتسليم الرهن ، لم تصح الكفالة ؛ لأنه لا يلزم البائع ، فلا يلزم الكفيل ما لا يلزم الأصل^(١) . وإن ضمن للمشتري قيمة

أو غراس . الثانية ، لو خاف المشتري فساد البيع بغير استحقاق المبيع ، أو كون العوض معيبًا ، أو شك في كمال الصنعة ، أو جودة جنس الثمن ، فضمن ذلك صريحًا ، صح كضمان العهدة . وإن لم يصرح ، فهل يدخل في مطلق ضمان العهدة ؟ على وجهين . وأطلقهما في « التلخيص » ، و « الرعاية » . الثالثة ، يصح ضمان نقص الصنعة ، ونحوها ، ويرجع بقوله ، مع يمينه ، على الصحيح

(١) في م : الأصل .

المقنع وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

مَا يَخْدُثُ فِي الْمَبِيعِ ، مِنْ بِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ ، صَحَّ ، سِوَاءَ ضَمْنِهِ الْبَائِعُ أَوْ أَجْنَبِيٌّ ، فَإِذَا بَنَى أَوْ غَرَسَ فَاسْتَحَقَّ الْمَبِيعُ ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الضَّامِنِ بِقِيَمَةِ مَا تَلَفَ أَوْ نَقَصَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ مَجْهُولٍ ، وَضَمَانُ مَا لَمْ يَجِبْ . وَقَدْ بَيَّنَّا جَوَازَهُ .

١٨٣٤ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَالْأُخْرَى ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ عَلَى الْمُكَاتَبِ ، فَصَحَّ ضَمَانُهُ ، كَسَائِرِ دُيُونِهِ . وَالْأُولَى أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِلْزَامٍ ، وَلَا مَالُهُ إِلَى الْإِلْزَامِ ؛ لِأَنَّ لِلْمُكَاتَبِ ^(١) تَعْجِيزَ نَفْسِهِ ، وَالِامْتِنَاعَ مِنَ الْأَدَاءِ ، فَإِذَا لَمْ يَلْزَمْ الْأَصِيلُ ^(٢) ، فَالضَّامِنُ أَوْلَى .

الإنصاف مِنْ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ بَيِّنَةٌ فِي حَقِّ الضَّامِنِ .

قوله : وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ [١٢٢/٢ ط] الْكِتَابَةِ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَقَالَ : هَذَا الْمَذْهَبُ . ^(٣) قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّارِحُ » : هَذَا أَصَحُّ . وَصَحَّحَهُ ابْنُ مُنَجَّى فِي « شَرْحِهِ » . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ ضَمَانُهُ ، سِوَاءَ كَانَ الضَّامِنُ حُرًّا أَوْ غَيْرَهُ . وَحَكَاهَا فِي « الْخُلَاصَةِ » وَجَّهًا . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَرِ » ،

(١) فِي ق : « الْمَكَاتِبِ يَمْلِكُ » .

(٢) فِي م : « الْأَصْلُ » .

(٣) ٣ - ٣) زِيَادَةٌ مِنْ : ١ .

وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْأَمَانَاتِ ؛ كَالْوَدِيعَةِ وَنَحْوَهَا ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ التَّعَدَّى فِيهَا .

١٨٣٥ - مسألة : (ولا يَصِحُّ ضَمَانُ الْأَمَانَاتِ ؛ كَالْوَدِيعَةِ وَنَحْوَهَا ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ التَّعَدَّى فِيهَا) أَمَّا الْأَمَانَاتُ ؛ كَالْوَدِيعَةِ ، وَالْعَيْنِ الْمُوَجَّرَةِ ، وَالشَّرَكَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْعَيْنِ الْمَذْفُوعَةِ إِلَى الْخِيَاطِ وَالْقَصَّارِ ، فَإِنْ ضَمِنَهَا مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ فِيهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَضْمُونَةٍ عَلَى صَاحِبِ الْيَدِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى ضَامِنِهِ . وَإِنْ ضَمِنَ التَّعَدَّى فِيهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، صِحَّةُ ضَمَانِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ ، فِي رَجُلٍ يَتَقَبَّلُ مِنَ النَّاسِ الثِّيَابَ ، فَقَالَ لَهُ [٦٩/٤ ط] رَجُلٌ : اذْفَعْ إِلَيْهِ ثِيَابَكَ وَأَنَا ضَامِنٌ . فَقَالَ : هُوَ ضَامِنٌ لِمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ . يَغْنَى إِذَا تَعَدَّى أَوْ تَلَفَ بِفِعْلِهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ تَلَفَ بِغَيْرِ فِعْلِهِ وَلَا تَقْرِيضٍ مِنْهُ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى

و « الْمُشْتَوَعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْهَادِي » ، و « التَّلْخِيسِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَّتَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ ضَمَانُهُ إِذَا كَانَ حُرًّا ؛ لِسَعَةِ تَصَرُّفِهِ . ^(١) قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذْكِرَتِهِ » . وَتَقَدَّمَ ، هَلْ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الْمُكَاتَبُ ضَامِنًا ، أَوْ لَا ؟ وَيَأْتِي فِي بَابِ الْكِتَابَةِ ، إِذَا ضَمِنَ أَحَدُ الْمُكَاتَبَيْنِ الْآخَرَ ، هَلْ يَصِحُّ ، أَمْ لَا ؟

قوله : وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْأَمَانَاتِ ، كَالْوَدِيعَةِ وَنَحْوَهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ . وَحَمَلَ عَلَى التَّعَدَّى ، كَتَضْرِيحِهِ بِهِ ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ .

(١ - ١) | زيادة من : ١ .

المقنع وَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ ، كَالْعُصُوبِ ، وَالْعَوَارِي ، وَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهَا .

الشرح الكبير الضَّامِنِ ، وَإِنْ تَلَفَ بِفِعْلِهِ أَوْ تَفَرِّطَ ، لَزِمَهُ ضَمَانُهَا ، وَلَزِمَ ضَامِنُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، فَهِيَ كَالْعُصُوبِ وَالْعَوَارِي ، وَهَذَا فِي الْحَقِيقَةِ ضَمَانٌ مَا لَمْ يَجِبْ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

١٨٣٦ - مسألة : (فَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ ؛ كَالْعُصُوبِ ، وَالْعَوَارِي ، وَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهَا) وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ فِي الْآخَرِ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ غَيْرُ ثَابِتَةٍ فِي الذِّمَّةِ ، وَإِنَّمَا يُضْمَنُ مَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ، وَوَضَفْنَا لَهَا بِالضَّمَانِ إِنَّمَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ قِيَمَتُهَا عِنْدَ التَّلَفِ ، وَالْقِيَمَةُ مَجْهُولَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مَضْمُونَةٌ عَلَى مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ ، فَصَحَّ ضَمَانُهَا ، كَالْحَقُوقِ الثَّابِتَةِ فِي الذِّمَّةِ .

الإصناف بلا نزاع . وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ .
قوله : فَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ ؛ كَالْعُصُوبِ ، وَالْعَوَارِي ، وَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهَا . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ ضَمَانُهَا .

تنبيه : أَنَاذَنَا الْمُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّ الْمَقْبُوضَ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ مِنْ ضَمَانِ الْقَابِضِ ، وَأَنَّ ضَمَانَهُ يَصِحُّ . وَالْأَصْحَابُ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ ، يَذْكُرُونَ مَسْأَلَةَ ضَمَانِ الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، فِي فَضْلِ ، مَنْ بَاعَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا . وَيَذْكُرُونَهَا أَيْضًا فِي أَحْكَامِ الْقَبْضِ ، وَيَذْكُرُونَ مَسْأَلَةَ الضَّامِنِ هُنَا ، وَمَسْأَلَةَ صِحَّةِ ضَمَانِ الضَّامِنِ لِلْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ مُتَرْتِبَةً عَلَى ضَمَانِهِ بِقَبْضِهِ . وَاعْلَمْ أَنَّهُ قَدْ وَرَدَ

قَوْلُهُمْ : إِنَّ الْأَعْيَانَ لَا تَنْتَبِثُ فِي الذِّمَّةِ . قُلْنَا : الضَّمَانُ فِي الْحَقِيقَةِ إِنَّمَا هُوَ ضَمَانٌ اسْتِنْقَازُهَا وَرَدُّهَا ، وَالتَّزَامُ تَحْصِيلُهَا أَوْ قِيمَتُهَا عِنْدَ تَلْفِهَا . وَهَذَا مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ ، كَعَهْدَةِ الْمَبِيعِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَهُوَ فِي الْحَقِيقَةِ التَّزَامُ رَدُّ الثَّمَنِ أَوْ عَوَضِهِ إِنْ ظَهَرَ بِالْمَبِيعِ عَيْبٌ أَوْ اسْتُحِقَّ .

عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي^(١) ضَمَانِ الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ نُصُوصٌ ؛ فَنَقَلَ حَرْبٌ ، وَأَبُو طَالِبٌ ، وَغَيْرُهُمَا ، ضَمَانَ الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ وَغَيْرُهُ ، أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمَالِكِ ؛ كَالرَّهْنِ ، وَمَا يَقْبِضُهُ الْأَجِيرُ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، إِذَا ضَاعَ مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَلَمْ يَقْطَعْ ثَمَنُهُ ، أَوْ قَطَعَ ثَمَنُهُ ، لَزِمَهُ . وَنَقَلَ حَرْبٌ وَغَيْرُهُ ، فِي مَنْ قَالَ : بِعْنِي هَذَا . فَقَالَ : خُذْهُ بِمَا شِئْتَ . فَأَخَذَهُ ، فَمَاتَ بِيَدِهِ ،^(٢) قَالَ : هُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ حَتَّى يَقْطَعَ ثَمَنُهُ . وَنَقَلَ ابْنُ مُشَيْشٍ ، فِي مَنْ قَالَ : بِعْنِيهِ . فَقَالَ : خُذْهُ بِمَا شِئْتَ . فَأَخَذَهُ ، فَمَاتَ بِيَدِهِ^(٣) ، يَضْمَنُهُ رَبُّهُ ، هَذَا بَعْدُ^(٤) لَمْ يَمْلِكْهُ . قَالَ الْمَجْدُ : هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَمَانَةٌ ، وَأَنَّهُ يُخْرَجُ مِثْلُهُ فِي بَيْعِ خِيَارٍ ، عَلَى قَوْلِنَا : لَا يَمْلِكْهُ . وَقَالَ : تَضْمِينُهُ مَنَافِعُهُ ، كَرِيَادَةٍ ، وَأَوَّلَى . انْتَهَى . فَهَذِهِ نُصُوصُهُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : ذَكَرَ الْأَصْحَابُ فِي ضَمَانِهِ رِوَايَتَيْنِ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِيدِهِ » : فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ حَكَى فِي ضَمَانِهِ رِوَايَتَيْنِ ، سِوَاءَ أَخَذَ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ، أَوْ بِدُونِهِ . وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ . وَصَحَّحَ الضَّمَانَ ؛ لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ عَلَى وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْعَوَضِ ، فَهُوَ كَمَقْبُوضٍ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ . انْتَهَى . قُلْتُ : ذَكَرَ الْأَصْحَابُ فِي الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ

(١) سقط من : الأصل ، ١ .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل ، ط .

(٣) في الأصل ، ط : « العبد » .

فصل : وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْجُعْلِ فِي الْجَعَالَةِ ، وَفِي الْمَسَابَقَةِ وَالْمُنَاضَلَةِ .
 وقال أصحابُ الشافعي : لَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقُولُ
 إِلَى الزُّومِ ، أَشْبَهَ مَالَ الْكِتَابَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ
 حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّهُ يَقُولُ إِلَى الزُّومِ إِذَا عَمِلَ الْعَمَلَ ،
 وَإِنَّمَا الَّذِي لَا يَلْزَمُ الْعَمَلَ ، وَالْمَالُ يَلْزَمُ بَوْجُودِهِ ، وَالضَّمَانُ لِلْمَالِ دُونَ
 الْعَمَلِ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ، سَوَاءً كَانَ نَقْودًا ، كَقِيمِ
 الْمُتَلَفَاتِ ، أَوْ حَيَوَانًا ، كَالدِّيَاتِ . وقال أصحابُ الشافعي : لَا يَصِحُّ

السَّوْمِ ثَلَاثَ صُورٍ ؛ الْأُولَى ، أَنْ يُسَاوِمَ إِنْسَانًا فِي تَوْبٍ أَوْ نَحْوِهِ ، وَيَقْطَعَ ثَمَنَهُ ،
 ثُمَّ يَقْبِضَهُ لِيُرِيَهُ أَهْلَهُ ، فَإِنْ رَضُوهُ ، وَإِلَّا رَدَّهُ ، فَيَتَلَفُ . فَقِي هَذِهِ الصُّورَةُ ، يَضْمَنُ
 إِنْ صَحَّ بَيْعُ الْمُعَاطَاةِ . وَالْمَذْهَبُ صِحَّةُ بَيْعِ الْمُعَاطَاةِ . وَجَزَمَ بِذَلِكَ فِي
 « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
 وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : يَضْمَنُهُ بَغِيرِ خِلَافٍ . قَالَ ابْنُ
 رَجَبٍ ، فِي « قَوَاعِدِهِ » : وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الْخِلَافُ إِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ لَمْ
 يَنْعَقِدِ الْبَيْعُ بِذَلِكَ . وَفِي كَلَامِ أَحْمَدَ إِمَاءًا إِلَى ذَلِكَ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، لَوْ سَاوَمَهُ ،
 وَأَخَذَهُ لِيُرِيَهُ أَهْلَهُ ، إِنْ رَضُوهُ ، وَإِلَّا رَدَّهُ مِنْ غَيْرِ قَطْعِ ثَمَنِهِ ، فَيَتَلَفُ ، فَقِي ضَمَانَهُ
 رِوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
 وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . إِحْدَاهُمَا ، يَضْمَنُهُ الْقَابِضُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ
 الْمُصَنِّفِ هُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، فِي هَذَا الْبَابِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فَهُوَ
 مَضْمُونٌ بَغِيرِ خِلَافٍ . نَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ ، هُوَ مِنْ ضَمَانِ قَابِضِهِ ، كَالْعَارِيَّةِ . وَالرَّوَايَةُ
 الثَّانِيَةُ ، لَا يَضْمَنُهُ . قَالَ فِي « الْحَاوِيَيْنِ » : نَقَلَ ابْنُ مَنصُورٍ وَغَيْرُهُ ، هُوَ مِنْ ضَمَانِ

(١) سورة يوسف ٧٢ .

ضَمَانُ الْحَيَوَانِ الْوَاجِبِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَقَدْ مَضَى الدَّلِيلُ عَلَى صِحَّةِ ضَمَانِ الْمَجْهُولِ ، وَلِأَنَّ الْإِبِلَ الْوَاجِبَةَ فِي الدِّيَةِ ^(١) مَعْلُومَةُ الْأَسْنَانِ وَالْعَدَدِ ^(٢) ، وَجَهَالَةُ اللَّوْنِ وَغَيْرِهِ مِنَ الصِّفَاتِ الْبَاقِيَةِ لَا تَضُرُّ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ أَذْنَى لَوْنٍ وَصِفَةٍ ، فَتَحْصُلُ مَعْلُومَةٌ ، وَكَذَلِكَ غَيْرُهَا ^(٣) مِنْ الْحَيَوَانِ ، وَلِأَنَّ جَهْلَ ذَلِكَ لَمْ يَمْنَعْ وَجُوبَهُ بِاتِّلَافٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ وَجُوبَهُ بِالْإِتِّزَامِ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ نَفَقَةُ يَوْمِهَا أَوْ مُسْتَقْبَلَةً ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْيَوْمِ وَاجِبَةٌ ، وَالْمُسْتَقْبَلَةُ مَالُهَا إِلَى الْوُجُوبِ ^(٤) ،

الْمَالِكِ ، كَالرَّهْنِ ، وَمَا يَقْبِضُهُ الْأَجِيرُ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ أَخَذَهُ بِإِذْنِ رَبِّهِ لِيُرِيَهُ أَهْلَهُ ، إِنْ رَضُوهُ اشْتَرَاهُ ، وَإِلَّا رَدَّهُ ، قَتْلَفَ بِلَا تَقْرِيطٍ ، ^(٥) لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا أَظْهَرُ عَنْهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : فَلَا ضَمَانَ فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُهُ بِقِيَمَتِهِ .

فَائِدَةٌ : الْمَقْبُوضُ فِي الْإِجَارَةِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ فِي الْبَيْعِ . ذَكَرَهُ فِي « الْإِنْتِصَارِ » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَوَلَدُ الْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، كَهَوٍّ ، لَا وَلَدَ جَانِيَةٍ ، وَضَامِنَةٍ ، وَشَاهِدَةٍ ، وَمَوْصَى بِهَا ، وَحَقٌّ جَائِزٌ ، وَضَمَانِهِ . وَفِيهِ « الْإِنْتِصَارُ » ، إِنْ أَذِنَ [١٢٣/٢] لِأَمَّتِهِ فِيهِ ، سَرَى ^(٦) . وَفِي طَرِيقَةِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ، وَوَلَدُ مَوْصَى

(١) فِي ق : « الدِّمَةُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « فِيهَا لِأَنَّهَا مَجْهُولٌ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي ق ، م : « الزَّوْمُ » .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ط : « سَوَى » .

وَيَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُ الزَّوْجَ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا ضَمِنَ نَفَقَةَ الْمُسْتَقْبَلِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا نَفَقَةُ الْمُعْسِرِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى ذَلِكَ تَسْقُطُ بِالْإِعْسَارِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي قَالَ فِيهِ : يَصِحُّ ضَمَانُهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ^(١) مَا لَمْ يَجِبْ ، [٧٠/٤] وَاحْتِمَالُ عَدَمِ وَجُوبِ الزِّيَادَةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ ضَمَانِهَا ، بِدَلِيلِ الْجُعْلِ فِي^(٢) الْجَعَالَةِ ، وَالصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَالْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ . فَأَمَّا النَّفَقَةُ فِي الْمَاضِي ،

بِعَتَقِهَا ؛ لِعَدَمِ تَعَلُّقِ الْحُكْمِ بِهَا ، وَإِنَّمَا الْمُخَاطَبُ الْمُوصَى إِلَيْهِ . انْتَهَى . وَفِي ذَلِكَ بَعْضُ مَسَائِلَ ، مَا أَعْلَمَ صُورَتَهَا ؛ مِنْهَا ، قَوْلُهُ : وَحَقُّ جَائِزٍ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْثَّمَانِينَ » : مِنْهَا ، الشَّاهِدَةُ ، وَالضَّامِنَةُ ، وَالْكَفِيلَةُ ، لَا يَتَعَلَّقُ بِأُولَئِهِنَّ شَيْءٌ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، أَنَّ وَلَدَ الضَّامِنَةِ يَتَّبِعُهَا ، وَيُبَاعُ مَعَهَا ، كَوَلَدِ الْمَرْهُونَةِ . وَضَعَفَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « نَظَرِيَّاتِهِ » . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ » الْمَذْكُورَةِ^(٣) : الْأُمَةُ الْجَانِيَةُ لَا يَتَعَلَّقُ بِأُولَئِهَا وَأُكْسَابِهَا شَيْءٌ .^(٤) وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ » الْمَذْكُورَةِ : إِذَا وَلَدَتِ الْمَقْبُوضَةُ عَلَى وَجْهِ السُّومِ فِي يَدِ الْقَابِضِ ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : حُكْمُهُ حُكْمُ أَضْلِهِ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَيُمْكِنُ أَنْ يُخْرَجَ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ؛ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُضْمُونٍ ، كَوَلَدِ الْعَارِيَةِ^(٥) . وَيَأْتِي فِي آخِرِ بَابِ الْعَارِيَةِ ، حُكْمُ وَلَدِ الْمُعَارَةِ ، وَالْمُوجِرَةِ ، وَوَلَدِ الْوَدِيعَةِ ، وَيَأْتِي حُكْمُ وَلَدِ الْمُدْبِرَةِ وَالْمُكَاتَبَةِ فِي بَايْتِهِمَا .

فَاتَّهَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا طَوَّلَ الضَّامِنُ بِالْذِّنِّ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ط .

فإن كانت واجبةً بحكمٍ حاكمٍ ، أو قلنا بوجوبها بدونِ حكمه ، صحَّ ضمانها ، وإلا فلا . وفي صحَّةِ ضمانٍ (١) مالِ الكتابَةِ (٢) اختلافٌ نذكره (٣) في بابهِ .

بإذنِ المضمونِ عنه ، أو لا ، فإن كان ضَمِنَهُ بإذنه ، فله مُطالبته بتخليصه . على الصحيحِ من المذهب . قال في « الفروع » : له ذلك في الأصح . وجزم به في « المحرر » ، و « التلخيص » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفائق » . (٣) وقدمه في « المغني » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن رزين » (٣) . وقيل : ليس للضامنِ مُطالبته بتخليصه (٤) حتى يُؤدَّى . وإن لم يُطالب الضامنُ ، لم يكن له مُطالبته بتخليصه من المضمون له . على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » . وهو ظاهرٌ ما جزم به في « المحرر » . وقيل : له ذلك . وأطلقهما في « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفائق » ، و « التلخيص » . وإن كان ضَمِنَهُ بغيرِ إذنه ، لم يكن له مُطالبته بتخليصه قبل الأداء . على الصحيح من المذهب . جزم به في « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفائق » . وقدمه في « الفروع » ، (٣) و « المغني » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن رزين » ، وغيرهم (٣) . وقيل : له ذلك إذا طالبه . الثانية ، قال الشيخُ تقيُّ الدين : لو تغيَّب مضمونٌ عنه - أطلقه في موضعٍ ، وفقده في آخرٍ بقادرٍ على الوفاء - فأُمسِكَ الضامنُ ، وغرمَ شيئاً بسببِ ذلك ، وأنفقَه

(١ - ٢) في م : « السلم » .

(٣) في الأصل : « ذكرناه » .

(٣ - ٣) زيادة من : ١ .

(٤) في الأصل ، ط : « بتحليفه » .

وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَكَانَ الضَّامِنُ وَالْقَضَاءُ بَعِيرَ إِذْنِ الْمَظْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ . وَإِنْ أَذِنَ فِي [١١٢ و] أَحَدِهِمَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى ، أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنَ .

١٨٣٧ - مسألة : (وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ) لَأَنَّهُ تَطَوُّعٌ بِذَلِكَ ، أَشَبَّهُ الصَّدَقَةَ ، وَسَوَاءُ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ أَوْ بغيرِ إِذْنِهِ .

١٨٣٨ - مسألة : (وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَكَانَ الضَّامِنُ وَالْقَضَاءُ بَعِيرَ إِذْنِ الْمَظْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ . وَإِنْ أَذِنَ) لَهُ (فِي أَحَدِهِمَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى ، أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنَ) وَجَمَلُهُ ذَلِكَ ، أَنَّ الضَّامِنَ مَتَى أَدَّى الدَّيْنَ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَضْمَنَ بِإِذْنِ الْمَظْمُونِ عَنْهُ وَيُودِّيَ بِأَمْرِهِ ، فَإِنَّهُ

فِي حَبْسٍ ، رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمَظْمُونِ عَنْهُ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصُّوَابُ الَّذِي لَا يُعَدَّلُ عَنْهُ . وَيَأْتِي التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ فِي أَوَائِلِ بَابِ الْحَجْرِ أَيْضًا .

قوله : (وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَكَانَ الضَّامِنُ وَالْقَضَاءُ بَعِيرَ إِذْنِ الْمَظْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ . وَإِنْ أَذِنَ فِي أَحَدِهِمَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى ، أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنَ . إِذَا قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَقْضِيَهُ مُتَبَرِّعًا ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ قَضَاهُ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ ، بَلَا نِزَاعٍ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : هَذِهِ هِبَةٌ تَخْتِاجُ قَبُولًا وَقَبْضًا وَرِضَى . وَالْحَوَالَةُ بِمَا وَجَبَ قَضَاءُ . وَإِنْ قَضَاهُ بغيرِ مُتَبَرِّعٍ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَنْوِيَ الرُّجُوعَ ،

يَرْجِعُ عَلَيْهِ ، سَوَاءُ قَالَ : اضْمَنْ عَنِّي . أَوْ : أَدَّ عَنِّي . أَوْ أَطْلَقَ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِنْ قَالَ : اضْمَنْ عَنِّي ، وَانْقَضَ عَنِّي . رَجَعَ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : انْقَضَ هَذَا . لَمْ يَرْجِعْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُخَالِطًا لَهُ ، يَسْتَقْرِضُ مِنْهُ وَيُودِعُ عَنْدهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : اضْمَنْ عَنِّي ، وَانْقَضَ عَنِّي . إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْحَقِّ . وَإِذَا أَطْلَقَ ذَلِكَ ^(١) ، صَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : هَبْ لِي هَذَا . أَوْ تَطَوَّعَ عَلَيْهِ ^(٢) . وَإِذَا كَانَ مُخَالِطًا لَهُ ، رَجَعَ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَأْمُرُ مُخَالِطُهُ بِالنَّقْدِ عَنْهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ ضَمِنَ وَدَفَعَ بِأَمْرِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ مُخَالِطًا لَهُ ، أَوْ قَالَ : اضْمَنْ عَنِّي . وَمَا ذَكَرَاهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَمَرَهُ بِالضَّمَانِ لَا يَكُونُ إِلَّا لِمَا هُوَ عَلَيْهِ ، وَأَمْرُهُ بِالنَّقْدِ بَعْدَ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا ضَمِنَهُ ، بِدَلِيلِ الْمُخَالِطِ ^(٣) لَهُ ، فَيَجِبُ

أَوْ يَذْهَبَ عَنْ ذَلِكَ ؛ فَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، فَفِيهِ أَرْبَعُ مَسَائِلَ ، شَمِلَهَا كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ؛ الْإِنْصَافُ إِحْدَاهَا ، أَنْ يَضْمَنَ بِإِذْنِهِ ، وَيَقْضَى بِإِذْنِهِ ، فَيَرْجِعُ ، بِلَا نِزَاعٍ ^(٤) . الثَّانِيَةُ ، أَنْ يَضْمَنَ بِإِذْنِهِ ، وَيَقْضَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ^(٥) فَيَرْجِعُ أَيْضًا ، بِلَا نِزَاعٍ . الثَّالِثَةُ ، أَنْ ^(٦) يَضْمَنَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَقْضَى بِإِذْنِهِ ، فَيَرْجِعُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَاخْتَارَ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ . الرَّابِعَةُ ، أَنْ يَضْمَنَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَقْضَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ . فَهَذِهِ فِيهَا الرَّوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل ، ر ١ ، م : « المخالطة » .

(٣) في الأصل : « بلا إذن » .

(٤ - ٥) سقط من : الأصل ، ط .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

عليه أداء ما أدى عنه ، كما لو صرّح به . الثاني ، ضَمِنَ بأمره ، وقَصَى
 بغير أمره ، فله الرجوع أيضًا . وبه قال مالك ، والشافعي في أحد الوجوه
 عنه . والوجه الثاني ، لا يرجع ؛ لأنه دفع بغير أمره ، أشبه ما لو تبرّع .
 الوجه الثالث ، أنه إن تعذّر الرجوع على المضمون عنه ، فدفع ما عليه ،
 رجّع ، وإلا فلا ؛ لأنه تبرّع بالدفع . ولنا ، أنه إذا اذن في الضمان ، تضمّن
 ذلك إذنه في الأداء ؛ لأن الضمان يُوجب عليه الأداء ، فرجّع عليه ، كما
 لو اذن في الأداء صريحًا . الثالث ، ضَمِنَ بغير أمره ، وقَصَى بأمره ، فله
 الرجوع أيضًا . وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع ؛ لأن أمره بالقضاء
 انصرف إلى ما وجب بضمانه . ولنا ، أنه أدى دينه بأمره ، فرجّع
 [٧٠/٤ ط] عليه ، كما لو لم يكن ضامنًا ، أو كما لو ضَمِنَ بأمره . قولهم :
 إن إذنه في القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه . قلنا : والواجب بضمانه

« الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ،
 و « الكافي » ، و « التلخيص » ، و « البشرح » ، و « شرح ابن منجي » ،
 و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ؛ إحداهما يرجع . وهو المذهب ، بلا ريب ،
 ونصّ عليه . قال ابن رجب ، في « القاعدة الخامسة والسبعين ^(١) » : يرجع على
 أصح الروايتين . وهي المذهب عند الخرقى ، وأبي بكر ، والقاضي ، والأكثرين .
 انتهى . قال الزركشي : وهي اختيار الخرقى ، والقاضي ، وأبي الخطاب ،
 والشريف ، وابن عقيل ، والشيرازي ، وابن البنا ، وغيرهم . قال في
 « الفائق » : اختاره الشيخ تقي الدين . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وصححه

(١) في الأصول : « والتسعين » . وانظر القواعد ١٤٣ .

إِنَّمَا هُوَ أَدَاءُ دَيْنِهِ ، وَلَيْسَ هُوَ شَيْئًا آخَرَ ، فَمَتَى أَدَّاهُ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، لَزِمَهُ إِعْطَاؤُهُ
بَدَلَهُ . الرَّابِعُ ، ضَمِنَ بغيرِ أَمْرِهِ ، وَقَضَى بغيرِ أَمْرِهِ ، ففِيهِ رِوَايَتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَعُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ ، وَإِسْحَاقَ .
وَالثَّانِيَّةُ ، لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ
الْمُنْذِرِ . بِدَلِيلِ حَدِيثٍ عَلَى وَأَبِي قَتَادَةَ ^(١) ، فَإِنَّهُمَا لَوْ كَانَا يَسْتَحِقُّانِ
الرُّجُوعَ عَلَى الْمَيْتِ ، صَارَ الدَّيْنُ لهما ، فَكَانَتْ ذِمَّةُ الْمَيْتِ مَشْغُولَةً
بِدَيْنِهِمَا ، كَاشْتِغَالِهَا بِدَيْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ^(٢) ، وَلَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ
ﷺ ، وَلَأنَّهُ تَبَرَّعَ بِذَلِكَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عَلَفَ دَوَابُّهُ وَأَطْعَمَ عِيْدَهُ بغيرِ أَمْرِهِ .
وَوَجْهُ الْأَوَّلَى ، أَنَّهُ قَضَاءٌ مُبَرَّرٌ مِنْ دَيْنٍ وَاجِبٍ ، فَكَانَ مِنْ ضَمَانِ مَنْ
هُوَ عَلَيْهِ ، كَالْحَاكِمِ إِذَا قَضَى عَنْهُ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ . فَأَمَّا عَلَى وَأَبُو قَتَادَةَ ،
فَإِنَّهُمَا تَبَرَّعَا بِالْقَضَاءِ وَالضَّمَانِ ، فَإِنَّهُمَا قَضَيَا دَيْنَهُ قَضَاءً لِتَبَرُّعِهِ ذِمَّتِهِ ؛
لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَعَ عِلْمِهِمَا أَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً ^(٣) ، وَالْمُتَبَرِّعُ
لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْمُخْتَسِبِ بِالرُّجُوعِ .

فِي « التَّصْحِيحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وَقَالَ : نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَاخْتَارَهُ الْأَصْحَابُ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَاشْتَرَطَ
الْقَاضِي أَنْ يَنْوِيَ الرُّجُوعَ ، وَيُشْهِدَ عَلَى نَيْتِهِ عِنْدَ الْأَدَاءِ ، فَلَوْ نَوَى التَّبَرُّعَ ، أَوْ أَطْلَقَ
النِّيَّةَ ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ . وَاشْتَرَطَ أَيْضًا أَنْ يَكُونَ الْمَدْيُونُ مُمْتَنِعًا مِنَ الْأَدَاءِ . وَهُوَ

(١) تقدم تخريجهما في صفحة ٩ .

(٢) في ق ، م : « له » .

(٣) في م : « وفاء » .

فصل : وَيَرْجِعُ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَقْلُ الدَّيْنُ ، فَالزَّائِدُ لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا عَلَيْهِ ^(١) ، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَقْضِيُّ أَقْلًا ، فَإِنَّمَا يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَ ، وَلِهَذَا لَوْ أَبْرَاهُ غَرِيمُهُ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . فَإِنْ دَفَعَ عَنِ الدَّيْنِ عَرْضًا ، رَجَعَ بِأَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ قَدَّرِ الدَّيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَلَوْ كَانَ عَلَى رَجُلَيْنِ مِائَةٌ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهَا ، وَكُلُّ وَاحِدٍ ضَامِنٌ عَنِ صَاحِبِهِ مَا عَلَيْهِ ، فَضَمِنَ آخَرُ عَنْ أَحَدِهَا الْمِائَةَ بِأَمْرِهِ وَقَضَاهَا ، سَقَطَ الْحَقُّ عَنِ الْجَمِيعِ ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا ^(٢) عَلَى الَّذِي ضَمِنَ عَنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْآخَرِ بِشَيْءٍ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ عَنْهُ ، وَلَا أُذِنَ لَهُ فِي الْقَضَاءِ ، فَإِذَا رَجَعَ عَلَى الَّذِي ضَمِنَ ، رَجَعَ عَلَى الْآخَرِ بِنِصْفِهَا ، إِنْ كَانَ ضَمِنَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَهَا عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، وَقَضَاهَا ضَامِنُهُ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْآخَرِ بِالْمِائَةِ ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ لَهُ عَلَى مَنْ أَدَّاهَا عَنْهُ ، فَمَلَكَ الرُّجُوعُ بِهَا ^(٣) عَلَيْهِ ، كَالْأَصْلِ ^(٣) .

فصل : إِذَا ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ ، فَطُولِبَ الضَّامِنُ ، فَلَهُ مُطَالَبَةُ

يَرْجِعُ إِلَى أَنْ لَا رُجُوعَ إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرٍ إِذْنِهِ . وَخَالَفَ فِي ذَلِكَ صَاحِبُ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ إِطْلَاقِ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَالْأَكْثَرِينَ . انْتَهَى . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يَرْجِعُ . اخْتَارَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِحِ » . وَقَالَ

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣-٣) في م : « كالأصل » .

الشرح الكبير

الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِتَخْلِيصِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الْأَدَاءُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِتَبَرُّتِهِ ذِمَّتِهِ . وَإِنْ لَمْ يُطَالَبِ الضَّامِنُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ بِالذَّيْنِ قَبْلَ غَرَامَتِهِ ، لَمْ تَكُنْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ قَبْلَ طَلَبِهِ مِنْهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ لَهُ الْمُطَالَبَةَ ؛ لِأَنَّهُ شَعَلَ ذِمَّتَهُ بِإِذْنِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ [٧١/٤] بِتَفْرِيعِهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَهَنَهُ ^(١) ، كَانَ لِسَيِّدِهِ مُطَالَبَتُهُ بِفَكَائِكَ وَتَفْرِيعِهِ مِنَ الرَّهْنِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَيُفَارِقُ الضَّامِنُ الْعَارِيَّةَ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَتَصَرَّرُ بِتَعْوِيقِ مَنَافِعِ عَبْدِهِ الْمُسْتَعَارِ ، فَمَلَكَ الْمُطَالَبَةَ بِمَا يُزِيلُ الضَّرَرَ عَنْهُ ، وَالضَّامِنُ لَا يَنْطَلُ بِالضَّامِنِ شَيْءٌ مِنْ مَنَافِعِهِ . فَأَمَّا إِنْ ضَمِنَ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ^(٢) ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَبْلَ الْأَدَاءِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ يُطَالَبُ بِهِ ، وَلَا شَعَلَ ذِمَّتَهُ بِأَمْرِهِ ، فَاشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ . وَقِيلَ : إِنَّ هَذَا يَنْبَنِي عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي رَجُوعِهِ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِمَا أَدَّى عَنْهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ . فَلَا مُطَالَبَةَ لَهُ بِحَالٍ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ ضَمِنَ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، عَلَى مَا مَضَى تَفْصِيلُهُ .

ابْنُ عَقِيلٍ : يَظْهَرُ فِيهَا ، كَذَبُوحِ أَصْحَابِهِ غَيْرِهِ بَلَا إِذْنِهِ ، فِي مَنَعِ الضَّامِنِ وَالرَّجُوعِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ هُنَا إِبْرَاءً ، كَتَخْصِيلِ الْأَجْزَاءِ بِالدَّيْنِ . وَانْتَهَى . وَإِنْ قَضَاهُ ، وَلَمْ يَنْوِ الرَّجُوعَ [١٢٣/٢ ط] وَلَا التَّبَرُّعَ ، بَلْ ذَهَلَ عَنْ قَصْدِ الرَّجُوعِ وَعَدَمِهِ ، فَالْمَذْهَبُ ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْقَوَاعِدِ » ؛ فَإِنَّهُ جَعَلَ الثَّيَّةَ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ

(١) بعده في ر : « قيمته » .

(٢) في م : « إذنه » .

فصل : فَإِنْ ضَمِنَ الضَّامِنُ ضَامِنٌ^(١) آخَرَ ، فَقَضَى أَحَدُهُمَا الدَّيْنَ ، بَرِئَ الْجَمِيعُ ، فَإِنْ قَضَاهُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ قَضَاهُ الضَّامِنُ الْأَوَّلُ ، رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ذُو الضَّامِنِ الثَّانِي . وَإِنْ قَضَاهُ الثَّانِي ، رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ ، ثُمَّ رَجَعَ الْأَوَّلُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ أَذِنَ لِصَاحِبِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَذِنَ لَهُ ، فَفِي الرَّجُوعِ رِوَايَتَانِ . وَإِنْ أَذِنَ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي وَلَمْ يَأْذِنْ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، أَوْ أَذِنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ لَضَامِنِهِ ، وَلَمْ يَأْذِنْ الضَّامِنُ لَضَامِنِهِ ، رَجَعَ الْمَأْذُونُ لَهُ عَلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ^(٢) الْآخَرُ ، عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . فَإِنْ أَذِنَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ لِلضَّامِنِ الثَّانِي فِي الضَّمَانِ ، وَلَمْ يَأْذِنْ لَهُ الضَّامِنُ الْأَوَّلُ ، رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى مَنْ أَذِنَ لَهُ ذُو غَيْرِهِ .

فصل : إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفٌ عَلَى رَجُلَيْنِ ؛ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَأُبْرَأَ الْغَرِيمُ أَحَدَهُمَا مِنَ الْأَلْفِ ، بَرِئَ مِنْهُ ، وَبَرِئَ صَاحِبُهُ مِنْ ضَمَانِهِ ، وَبَقِيَ عَلَيْهِ خَمْسُمِائَةٍ . وَإِنْ قَضَاهُ أَحَدُهُمَا خَمْسُمِائَةٍ ، أَوْ أَبْرَأَهُ الْغَرِيمُ مِنْهَا ، وَعَيَّنَ الْقَضَاءُ بَلْفُظَهُ أَوْ بَيَّنَّتْهُ عَنِ الْأَصْلِ أَوْ الضَّمَانِ ، انْصَرَفَ إِلَيْهِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَهُ صَرَفُهَا إِلَى

الإنصاف أضلاً لأحد الوجهين ، فيما إذا اشترى أسيراً خراً مسلماً . وقيل : يرجع . وهو ظاهر نقل ابن منصور ، وهو ظاهر الخرقى . وجزم به في « الوجيز » .

(١) سقط من : م .

(٢) بعله في م : « على » .

ما شاء منهما^(١) ، كَمَنْ أَخْرَجَ زَكَاةَ نِصَابٍ وَلَهُ نِصَابَانِ ؛ غَائِبٌ وَحَاضِرٌ ، كَانَ لَهُ صَرَفُهَا إِلَى مَا شَاءَ مِنْهُمَا . وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ نِصْفُهَا عَنْ الْأَصْلِ ، وَنِصْفُهَا عَنِ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْقَضَاءِ وَالْإِبْرَاءِ يَنْصَرِفُ إِلَى جُمْلَةٍ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَالْمُعْتَبَرُ فِي الْقَضَاءِ لَفْظُ الْقَاضِي وَنِيَّتُهُ ، وَفِي الْإِبْرَاءِ لَفْظُ الْمُبْرِي وَنِيَّتُهُ ، وَمَتَى اخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ اعْتَبِرَ لَفْظُهُ وَنِيَّتُهُ .

فصل : ولو ادَّعى [٧١/٤ ظ] أَلْفًا عَلَى حَاضِرٍ وَغَائِبٍ ، وَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَاعْتَرَفَ الْحَاضِرُ بِذَلِكَ ، فَلَهُ أَخْذُ الْأَلْفِ مِنْهُ ، فَإِنْ قَدِمَ الْغَائِبُ فَاعْتَرَفَ ، رَجَعَ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنِصْفِهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْحَاضِرُ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَاسْتَوْفَى الْأَلْفَ مِنْهُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى الْغَائِبِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ بَانْكَارِهِ مُعْتَرِفٌ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا الْمُدَّعِي ظَلَمَهُ . وَإِنْ اعْتَرَفَ الْغَائِبُ وَعَادَ الْحَاضِرُ عَنْ إِنْكَارِهِ ، فَلَهُ الْاسْتِيفَاءُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ حَقًّا يَعْتَرِفُ لَهُ بِهِ ، فَجَازَ لَهُ أَخْذُهُ . وَإِنْ لَمْ يَقُمْ عَلَى الْحَاضِرِ بَيِّنَةٌ ، حَلَفَ وَبَرَّيْ ، فَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَحَلَفَ ، بَرَّيْ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ ، لَزِمَهُ دَفْعُ الْأَلْفِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يُلْزَمُهُ إِلَّا خَمْسُ الْمِائَةِ الْأَصْلِيَّةِ دُونَ

فائدة : وكذا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَنْ أَدَّى عَنْ غَيْرِهِ دَيْنًا وَاجِبًا بِإِذْنِهِ ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ ، الْإِنْصَافُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ التَّفْصِيلِ فِي ذَلِكَ وَالْخِلَافِ .

(١) بعده في الأصل : « واحتمل أن يكون نصفها » .

المفنع وَإِنْ أَنْكَرَ الْمَضْمُونُ لَهُ الْقَضَاءَ ، وَحَلَفَ ، لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ ، أَوْ كَذَّبَهُ .

الشرح الكبير الْمَضْمُونَةُ ؛ لَأَنَّهَا سَقَطَتْ عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِيَمِينِهِ ، فَتَسْقُطُ عَنْ ضَامِنِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُقَرَّبُهَا وَغَرِيمُهُ يَدْعِيهَا ، وَالْيَمِينُ إِنَّمَا أُسْقِطَتْ الْمُطَالَبَةُ عَنْهُ فِي الظَّاهِرِ ، وَلَمْ تُسْقِطْ عَنْهُ الْحَقُّ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ بَعْدَ يَمِينِهِ ، لَزِمَ مَهْ ، وَلَزِمَ الضَّامِنُ .

١٨٣٩ - مسألة : (وَإِنْ أَنْكَرَ الْمَضْمُونُ لَهُ الْقَضَاءَ ، وَحَلَفَ ، لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ أَوْ كَذَّبَهُ) إِذَا ادَّعَى الضَّامِنُ أَنَّهُ قَضَى الدَّيْنَ ، فَأَنْكَرَ الْمَضْمُونُ لَهُ ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى تَسْلِيمَ الْمَالِ إِلَى مَنْ لَمْ يَأْمَنْهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكَرِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ وَالْأَصِيلِ . فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ،

الإينصاف قوله : وَإِنْ أَنْكَرَ الْمَضْمُونُ لَهُ الْقَضَاءَ ، وَحَلَفَ ، لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ ، أَوْ كَذَّبَهُ . إِذَا ادَّعَى الضَّامِنُ الْقَضَاءَ ، وَأَنْكَرَ الْمَضْمُونُ لَهُ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا ^(١) أَنْ يُصَدِّقَهُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، أَوْ يُكَذِّبُهُ ، فَإِنْ كَذَّبَهُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ لَهُ بِالْقَضَاءِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ ^(٢) الرَّجُوعُ عَلَى الْأَصِيلِ وَالضَّامِنِ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الضَّامِنِ ثَانِيًا ، فَهَلْ يَرْجِعُ الضَّامِنُ بِالْأَوَّلِ لِلْبَرَاءَةِ بِهِ بَاطِنًا ، أَوْ بِالثَّانِي ؟ فِيهِ اِحْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ ^(٣) فِي « الْفُرُوعِ » ^(٤) ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) سقط من : الأصول ، وانظر : المغنى ٩٤/٧ .

(٣-٣) زيادة من : ١ .

فهل يَرْجِعُ الضَّامِنُ بما قَضاه عنه ؟ يُنْتَظَرُ ؛ فإن لم يَعْتَرَفْ له بالقَضَاءِ ، لم يَرْجِعْ عليه ، وإن اعْتَرَفَ له بالقَضَاءِ ، وكان قد قَضَى بغيرِ بَيِّنَةٍ في غَيْبَةِ المَضْمُونِ عنه ، لم يَرْجِعْ بشيءٍ ، سواءَ صَدَّقَهُ المَضْمُونُ عنه أو كَذَّبَهُ ؛ لأنَّهُ أَذِنَ في قَضَاءِ مُبَرَّرٍ ولم يُوجَدْ ، وإن قَضاه بَيِّنَةٌ ثَبَتَ بها الحَقُّ ، لكنَّ إن كانت غَائِبَةً أو مَيَّتَةً ، فللضَّامِنِ الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّهُ مُعْتَرَفٌ أَنَّهُ ما قَصَرَ وما فَرَطَ . وإن قَضاه بَيِّنَةٌ مَرْدُودَةٌ بِأَمْرِ ظَاهِرٍ ، كالْكُفْرِ والفِسْقِ الظَّاهِرِ ، لم يَرْجِعِ الضَّامِنُ ؛ لِتَفْرِيطِهِ ؛ لأنَّ هذه البَيِّنَةُ كَعَدَمِهَا . وإن رُدَّتْ بِأَمْرِ خَفِيِّ ، كالْفِسْقِ البَاطِنِ ، أو كانت الشَّهَادَةُ مُخْتَلَفًا فِيهَا ، مثلُ أن يكونَ ^(١) أَشْهَدَ عَبدَيْنِ ، أو شاهِدًا واحدًا ، فَرُدَّتْ لذلك ، أو كان مَيِّتًا أو غَائِبًا ، اِحْتَمَلُ أن يَرْجِعَ ؛ لأنَّهُ قَضَى بَيِّنَةً شَرْعِيَّةً ، والجَرْحُ والتَّعْدِيلُ ليس له . واحْتَمَلُ أن لا يَرْجِعَ ؛ لأنَّهُ أَشْهَدَ مَنْ لا يَثْبُتُ الحَقُّ بِشهادَتِهِ . وإن قَضَى بغيرِ بَيِّنَةٍ بِحَضْرَةِ المَضْمُونِ عنه ، ففيه وَجْهَانِ ؛

بما قَضاه ثَانِيًا . قَدَّمَهُ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالوا : هو أَرْجَحُ . وقَدَّمَهُ ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » . والثَّانِي ، يَرْجِعُ بما قَضاه أَوَّلًا . وهما طَرِيقَةٌ مُوجِزَةٌ في « الرِّعَايَةِ » . والثَّانِي ، قَدَّمَهُ فِيهَا ، أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ مَرَّةً وَاحِدَةً بِقَدْرِ الدِّينِ . ولا مُنَافَاةَ بَيْنَ الطَّرِيقَتَيْنِ . وإن صَدَّقَهُ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يَكُونَ قَضاه بِإِشْهَادٍ أو غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ قَضاه بِإِشْهَادٍ صَحِيحٍ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، ولو كانتِ البَيِّنَةُ غَائِبَةً أو مَيَّتَةً . وتَقَدَّمَ نَظِيرُهُ في الرُّهْنِ ، وَيَأْتِي في الوَكَالَةِ . لَكِنْ لو رُدَّتِ الشَّهَادَةُ بِأَمْرِ خَفِيِّ ، كالْفِسْقِ بَاطِنًا ، أو كانتِ الشَّهَادَةُ مُخْتَلَفًا فِيهَا ؛ كَشَهَادَةِ الْعَبِيدِ ، أو شاهِدٍ واحدٍ ، أو كان

(١) سقط من : ر ، ق ، م .

أحدهما ، يَرْجِعُ . وهو مَذْهَبُ الشافعي ؛ لأنه إذا كان حاضراً ، كان الاحتياطُ [٧٢/٤] إليه ، فإذا تَرَكَ التَّحْفُظَ كان التَّفْرِيطُ منه دُونَ الضَّامِنِ . والثاني ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنه قَضَى قَضَاءً غَيْرَ مُبْرَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَضَى فِي غَيْبَتِهِ .

فصل : فَإِنْ رَجَعَ الْمَضْمُونُ لَهُ عَلَى الضَّامِنِ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ مَرَّةً ثَانِيَةً ، رَجَعَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِمَا قَضَاهُ ثَانِيًا ؛ لِأَنَّهُ أَبْرَأُ بِهِ ذِمَّتَهُ ظَاهِرًا . قال القاضي : وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ بِالْقَضَاءِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ حَصَلَتْ بِهِ فِي الْبَاطِنِ . ولأَصْحَابُ الشافعي وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ ، وَوَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مَا أَبْرَأَهُ ظَاهِرًا ، وَالثَّانِي مَا أَبْرَأَهُ بَاطِنًا . وَلَنَا ، أَنَّ الضَّامِنَ أَدَّى عَنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ بِإِذْنِهِ إِذَا أَبْرَأَهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا فَرَجَعَ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ . وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ أَرْجَحُ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ الْمُبْرَى فِي الْبَاطِنِ مَا أَوْجَبَ الرُّجُوعَ ، فَيَجِبُ أَنْ يَجِبَ بِالثَّانِي^(١) الْمُبْرَى^(٢) فِي الظَّاهِرِ .

مَيِّتًا أَوْ غَائِبًا ، فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ فِيهِ اخْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْفُرُوع » . قَطَعَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، أَنَّهُ لَا يَكْفِي شَاهِدٌ وَاحِدٌ . وَقَالَ فِي « الْكُبْرَى » : قُلْتُ : بَلَى ، وَيُخْلِفُ مَعَهُ . فَلَوْ ادَّعَى الْإِشْهَادَ ، وَأَنْكَرَهُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، أَطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوع » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَإِنْ قَضَاهُ بِغَيْرِ إِشْهَادٍ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْقَضَاءُ

(١) فِي م : « بِالْبَاقِ » .

(٢) فِي م : « بِالظَّاهِرِ » .

وإن اعترف بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يُسمع إنكاره .
المقنع

١٨٤٠ - مسألة : (وإن اعترف) المضمون له (بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يُسمع إنكاره) لأن ما في ذمته حق للمضمون له ، فإذا اعترف بالقبض من الضامن ، فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن ، فيجب أن يُقبل إقراره ؛ لكونه إقراراً في حق نفسه . وفيه وجه آخر ، أنه لا يُقبل ؛ لأن الضامن مدّعٍ لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه ، وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه ، فلا تُقبل .

بحضرة المضمون عنه ، أو في غيبته ، فإن كان بحضرته ، رجع . على الصحيح
الإنصاف من المذهب . صححه في « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الرعايتين » . وجزم به في « التلخيص » وغيره . وقدمه في « المحرر » ، و « شرح ابن رزين » ، وغيرهما . وقيل : ليس له الرجوع . وأطلقهما في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الحاويتين » . وإن كان القضاء في غيبة المضمون عنه ^(١) ، لم يرجع عليه ، قولاً واحداً .

قوله : وإن اعترف بالقضاء - أي المضمون له - وأنكر المضمون عنه ، لم يُسمع إنكاره . ويرجع عليه . هذا الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفائق » ، وغيرهم . قال في « التلخيص » : رجع ، على الصحيح من المذهب . قال الشارح : هذا أصح . قال في « الفروع » : رجع في الأصح . وفيه وجه آخر ، لا يرجع . وهو

(١) زيادة من ١ :

والأولُ أصحُّ ، وشهادةُ الإنسانِ على فعلِ نفسه صحيحةٌ ، كشهادةِ
المرُضعةِ بالرضاعِ ، وقد ثبتَ ذلكُ بخبرِ عُقْبَةَ بْنِ الْحَارِثِ^(١) .

الإِنصافُ اِحْتِمَالُ لَأَبِي الْخَطَّابِ فِي « الْهَدَايَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » .

فائدَتان ؛ الأولى ، لو قال المَضمونُ له : بَرِئْتَ إِلَى مِنَ الدِّينِ . فهو مُقَرَّرٌ
بِقَبْضِهِ . ولو قال : بَرِئْتَ . ولم يقل : إِلَى . لم يَكُنْ مُقَرَّرًا بِالْقَبْضِ . على الصَّحيحِ
مِنَ المذهبِ . قدَّمه في « الفروع » ، و « المُستَوْعِبِ » ، و « المُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » . وصَحَّحه . وقيل : يَكُونُ مُقَرَّرًا بِهِ . واختارَه القاضي ، قاله في
« المُستَوْعِبِ » ، قال في « المُتَوَرِّ » : وَإِنْ قَالَ رَبُّ الْحَقِّ لِلضَّامِنِ^(٢) : بَرِئْتَ إِلَى
مِنَ الدِّينِ . فهو مُقَرَّرٌ بِقَبْضِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِيزِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ،
و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « الْفَاتِي » . ولو قال : أَبْرَأْتُكَ . لم يَكُنْ
مُقَرَّرًا بِالْقَبْضِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . الثَّانِيَةُ ، لو قال : وَهَبْتُكَ الْحَقَّ . فهو تَمْلِيكٌ ، فيرجعُ
على المَضمونِ عنه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : هو إِبرَاءٌ ، فلا رُجوعَ .

(١) وذلك ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت : أرضعتكما ،
فأتيت النبي ﷺ ، فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت لي : إني قد أرضعتكما .
وهي كاذبة . فأعرض عنه ، فأتيته من قبل وجهه فقلت : إنها كاذبة . قال : « كيف بها وقد زعمت أنها قد
أرضعتكما ، دعها عنك » .

أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفي : باب شهادة المرضعة ، من كتاب
النكاح . صحيح البخاري ٧٠/٣ ، ١٣/٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في
الرضاع ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحمدي ٩٣/٥ . والنسائي ، في : باب الشهادة في الرضاع ، من
كتاب النكاح . المجتبى ٩٠/٦ . والدارمي ، في : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح .
سنن الدارمي ١٥٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧/٤ ، ٨ ، ٣٨٤ .

(٢) في الأصل ، ط : « الضامن » .

وَأِنْ قَضِيَ الْمُؤَجَّلَ قَبْلَ أَجَلِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ حَتَّى يَحِلَّ . وَإِنْ مَاتَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ أَوْ الضَّامِنُ ، فَهَلْ يَحِلُّ الدَّيْنُ عَلَيْهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، وَأَيُّهُمَا حَلٌّ عَلَيْهِ ، لَمْ يَحِلَّ عَلَى الْآخَرِ .

الشرح الكبير

١٨٤١ - مسألة : (وَإِنْ قَضِيَ الْمُؤَجَّلَ قَبْلَ أَجَلِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ حَتَّى يَحِلَّ) لَأَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهُ أَكْثَرُ مِمَّا كَانَ لِلْغَرِيمِ ، وَلَأَنَّهُ ^(١) تَبَرَّعَ بِالْتَّعْجِيلِ ، وَإِنْ أَحَالَه كَانَتْ الْحَوَالَةُ بِمَنْزِلَةِ تَقْبِيضِهِ ، وَرَجَعَ بِالْأَقْلِ مِمَّا أَحَالَ بِهِ أَوْ قَدَّرَ الدَّيْنِ ، سِوَاءَ قَبْضِ الْغَرِيمِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، أَوْ أَبْرَأَهُ ، أَوْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْاسْتِيفَاءُ ، لَفَلَسَ أَوْ مَطَّلَ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَالِإِقْبَاضِ .

١٨٤٢ - مسألة : (وَإِنْ مَاتَ الضَّامِنُ أَوْ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، فَهَلْ يَحِلُّ الدَّيْنُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأَيُّهُمَا حَلٌّ عَلَيْهِ ، لَمْ يَحِلَّ عَلَى الْآخَرِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا ضَمِنَ دَيْنًا مُؤَجَّلًا ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا ؛ إِمَّا الضَّامِنُ أَوْ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، فَهَلْ يَحِلُّ الدَّيْنُ عَلَى الْمَيِّتِ مِنْهُمَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ يَأْتِي ذِكْرُهُمَا .

الإيناف

قوله : (وَإِنْ مَاتَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، أَوْ الضَّامِنُ ، فَهَلْ يَحِلُّ الدَّيْنُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَحِلُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَالثَّانِيَةُ ، يَحِلُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِذَا مَاتَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ قَبْلَ مَحَلِّ الدَّيْنِ مُفْلِسًا بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْمَضْمُونِ لَهُ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ قَبْلَ مَحَلِّهِ . وَإِنْ خَلَّفَ وَفَاءً بِالْحَقِّ ، فَهَلْ يَحِلُّ بِمَوْتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَحِلُّ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَحِلُّ [١٢٤/٢]

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

فإن قلنا : يَحِلُّ عَلَى الْمَيِّتِ . لم يَحِلَّ عَلَى الْآخِرِ ؛ لِأَنَّ الدِّينَ لَا يَحِلُّ عَلَى شَخْصٍ بِمَوْتٍ غَيْرِهِ . فَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، لم يَسْتَحِقْ مُطَالَبَةَ الضَّامِنِ قَبْلَ الْأَجَلِ ، فَإِنْ قَضَاهُ قَبْلَ الْأَجَلِ كَانَ مُتَبَرِّعًا بِتَعْجِيلِ الْقَضَاءِ ، وَهَلْ لَهُ [٧٢/٤ ظ] مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ قَبْلَ الْأَجَلِ ؟ يُخَرِّجُ عَلَى الرَّوَّائِيَيْنِ فِي مَنْ قَضَى الدِّينَ بِغَيْرِ إِذْنٍ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمَيِّتُ الضَّامِنَ ، فَاسْتَوْفَى الْغَرِيمَ مِنْ تَرْكِتِهِ ، لم يَكُنْ لَوَرَّثَتِهِ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ حَتَّى يَحِلَّ الْحَقُّ ؛ لِأَنَّهُ مُؤَجَّلٌ عَلَيْهِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ قَبْلَ أَجَلِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحَكَى زُفَرٌ أَنَّ لَهُمْ مُطَالَبَتَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَهُ فِي ذَلِكَ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ يَحِلُّ بِمَوْتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فَلَا يَجُوزُ مُطَالَبَتُهُ بِهِ قَبْلَ الْأَجَلِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَمُتْ . وَقَوْلُهُ ^(١) : أَدْخَلَهُ فِيهِ . قُلْنَا : إِنَّمَا أَدْخَلَهُ فِي الْمَوْجَّلِ ، وَحُلُولُهُ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَضَى قَبْلَ الْأَجَلِ .

الإِنصَافُ إذا وَثَّقَ الْوَرَثَةُ .

تَنْبِيْهِ : ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا الرَّوَّائِيَيْنِ ^(٢) فِيمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَابْنِ مُنَجِّى . وَقِيلَ : مَحَلُّ الرَّوَّائِيَيْنِ ^(٣) فِيمَا إِذَا مَاتَا مَعًا . وَهِيَ طَرِيقَةُ صَاحِبِ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . فَجَزَمُوا بَعْدَ الْحُلُولِ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا ، وَأَطْلَقُوا الرَّوَّائِيَيْنِ فِيمَا إِذَا مَاتَا مَعًا . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ مَاتَا مَعًا ، وَقِيلَ : أَوْ الْمَدْيُونُ وَحْدَهُ ، حَلَّ . فَجَزَمَ

(١) فِي م : « قَوْلُهُ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُوَجَّلًا . وَإِنْ ضَمِنَ الْمُوَجَّلُ حَالًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٤٣ - مسألة : (وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُوَجَّلًا . وَإِنْ ضَمِنَ الْمُوَجَّلُ حَالًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ) إِذَا ضَمِنَ الدَّيْنُ الْحَالُ مُوَجَّلًا ، صَحَّ ، وَيَكُونُ حَالًا عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ مُوَجَّلًا عَلَى الضَّامِنِ ، يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ دُونَ الضَّامِنِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ ضَمِنَ مَا عَلَى فُلَانٍ أَنْ يُؤَدِّيَهُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ : فَهُوَ عَلَيْهِ ، وَيُؤَدِّيهِ كَمَا ضَمِنَ . وَوَجْهُ ذَلِكَ ، مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، أَنَّ رَجُلًا لَزِمَ غَرِيمًا لَهُ بَعَشْرَةَ دَنَانِيرَ ، عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : مَا عِنْدِي شَيْءٌ أُعْطِيكَهُ . فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا فَارَقْتُكَ حَتَّى تُعْطِيَنِي أَوْ تَأْتِيَنِي بِحَمِيلٍ . فَجَرَّهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ » . فَقَالَ : شَهْرًا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « فَأَنَا أُحْمِلُ » . فَجَاءَهُ بِهِ فِي الْوَقْتِ الَّذِي قَالَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا ؟ » . قَالَ : مِنْ مَعْدِنٍ . قَالَ : « لَا خَيْرَ فِيهَا » . وَقَضَاهَا عَنْهُ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(١) .

الإنصاف

بالحلول إذا ماتا معًا .

قوله : وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِ مُوَجَّلًا . بِلَا نِزَاعٍ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ فَلصاحب الحقِّ مُطَالَبَةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي الْحَالِ ، دُونَ الضَّامِنِ .
قوله : وَإِنْ ضَمِنَ الْمُوَجَّلُ حَالًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

(١) في : باب الكفالة ، من كتاب الصلقات . سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في استخراج المعادن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢١٧/٢ ، ٢١٨ .

ولأنه ضَمِنَ مَالًا بِعَقْدٍ مُوَجَّلٍ ، فكانَ مُوَجَّلًا ، كالْبَيْعِ . فَإِنْ قِيلَ : فعندكم الدَّيْنُ الحَالُ لَا يَتَأَجَّلُ ، فكَيْفَ تَأَجَّلَ عَلَى الضَّامِنِ ؟ أَمْ كَيْفَ يَثْبُتُ فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ عَلَى غَيْرِ الوَصْفِ الَّذِي يَتَّصِفُ بِهِ فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؟ قُلْنَا : الْحَقُّ يَتَأَجَّلُ فِي ابْتِدَاءِ ثُبُوتِهِ ^(١) إِذَا كَانَ ثُبُوتُهُ بِعَقْدٍ ، وَهَذَا ابْتِدَاءُ ثُبُوتِهِ فِي حَقِّ الضَّامِنِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ ثَابِتًا عَلَيْهِ حَالًا ، وَيَجُوزُ أَنْ يُخَالَفَ مَا فِي ذِمَّةِ الضَّامِنِ الَّذِي فِي ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ مَاتَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ وَالدَّيْنُ مُوَجَّلٌ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَكَانَ الدَّيْنُ حَالًا فَضَمِنَهُ إِلَى شَهْرَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةُ الضَّامِنِ إِلَى شَهْرَيْنِ ^(٢) ، فَإِنْ قَضَاهُ قَبْلَ الْأَجَلِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِهِ فِي الْحَالِ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّهُ إِذَا قَضَى دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، رَجَعَ بِهِ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ ^(٣) مَا فِيهِ هُهُنَا ، أَنَّهُ قَضَى بِغَيْرِ إِذْنٍ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، لَا يَرْجِعُ بِهِ قَبْلَ الْأَجَلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْقَضَاءِ

^(١) وهو المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، يَلْزُمُهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ^(٤) .

تَنْبِيهِ : أَفَادَنَا الْمُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، صِحَّةَ ضَمَانِ الْمُوَجَّلِ حَالًا . ^(٥) وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ . وَأُطْلِقَهُمَا

(١ - ١) سقط من : ر ، م .

(٢) في م : شهر .

(٣) سقط من : ر ، م .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ط .

قبل ذلك .

فصل : فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ مُوَجَّلاً فَضَمِنَهُ [٧٣/٤] حَالاً ، لَمْ يَصِرْ حَالاً ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ أَدَاؤُهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ؛ لِأَنَّ الضَّامِنَ فَرَعَ لِلْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ مَا لَا يَلْزَمُهُ ، وَلِأَنَّ الْمَضْمُونِ عَنْهُ لَوْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ تَعَجِيلَ هَذَا الدَّيْنِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ تَعَجِيلُهُ ، فَبِأَنَّ لَا يَلْزَمُ الضَّامِنَ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّ الضَّامِنَ التَّزَامُ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَا «يَجُوزُ أَنْ يَلْتَزِمَ» مَا لَا^(١) يَلْزَمُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ قَضَاهُ حَالاً ، لَمْ يَرْجَعْ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَهُ لَمْ يُعَيِّرْهُ عَنْ تَأْجِيلِهِ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَالتَّى قَبْلَهَا ، أَنَّ الدَّيْنَ الْحَالَّ ثَابِتٌ فِي الذِّمَّةِ ، مُسْتَحَقُّ الْقَضَاءِ فِي جَمِيعِ الزَّمَانِ ، فَإِذَا ضَمِنَهُ مُوَجَّلاً فَقَدْ التَّزَمَ بَعْضَ مَا يَجِبُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَشْرَةَ فَضَمِنَ خَمْسَةً ، وَأَمَّا الدَّيْنُ الْمُوَجَّلُ ، فَلَا يُسْتَحَقُّ قَضَاؤُهُ إِلَّا عِنْدَ أَجَلِهِ ، فَإِذَا ضَمِنَهُ حَالاً ، التَّزَمَ مَا لَمْ يَجِبْ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَشْرَةَ فَضَمِنَ عَشْرِينَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ الْمُوَجَّلِ حَالاً ، كَمَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُوَجَّلاً ، قِيَاسًا عَلَيْهِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا بِمَا يَمْنَعُ الْقِيَاسَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَلَا يَدْخُلُ الضَّامِنُ وَالْكَفَالَةُ خِيَارًا ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ جُعِلَ^(٢)

فِي « التَّلْخِيسِ » .

(١ - ١) فِي ر ١ : « يَلْزَمُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

لِيُعْرِفَ مَا فِيهِ الْحَظُّ ، وَالضَّامِنُ وَالْكَفِيلُ دَخَلَ عَلَى أَنَّهُ لَحَظَ لهُمَا ، وَلَأنَّهُ عَقْدٌ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ ، فَلَمْ يَدْخُلْهُ خِيَارٌ ، كَالنَّذْرِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . فَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِيهِمَا ^(١) ، فَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّ الْكَفَالَةَ تَبْطُلُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأنَّهُ شَرَطَ يُنَافِي مُقْتَضَاهَا ، فَفَسَدَتْ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يُؤَدَّى عَنِ الْمَكْفُولِ بِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مُقْتَضَى الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ لَزُومٌ مَا ضَمِنَهُ أَوْ كَفَلَ بِهِ ، وَالْخِيَارُ يُنَافِي ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الشَّرْطُ وَحْدَهُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ فِي الْبَيْعِ . وَلَوْ أَقْرَأْنَاهُ كَفَلَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، لَزِمَتْهُ الْكَفَالَةُ ، وَبَطُلَ الشَّرْطُ ؛ لِأنَّهُ وَصَلَ بِإِقْرَارِهِ مَا يُبْطِلُهُ ، فَأُشْبِهَ اسْتِثْنَاءَ الْكُلِّ .

فصل : وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلَانِ عَنْ رَجُلٍ أَلْفًا ضَمَانًا اشْتِرَاكِ ، فَقَالَا : ضَمِينًا لَكَ الْأَلْفَ الَّذِي عَلَى زَيْدٍ . فِكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِنِصْفِهِ . وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً ، فِكُلُّ وَاحِدٍ ضَامِنٌ ثُلُثَهُ . فَإِنْ قَالَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ : أَنَا وَهَذَانِ ضَامِنُونَ لَكَ الْأَلْفَ . فَسَكَتَ الْآخَرَانِ ، فَعَلِيهِ ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ : كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لَكَ الْأَلْفَ . فَهَذَا ضَمَانُ اشْتِرَاكِ وَإِنْفِرَادٍ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِالْأَلْفِ إِنْ شَاءَ . وَإِنْ أَدَّى أَحَدُهُمُ الْأَلْفَ كُلَّهُ ، أَوْ حِصَّتَهُ مِنْهُ ، لَمْ يَرْجَعْ إِلَّا عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ [٧٣/٤] مِنْهُمْ ضَامِنٌ أَصْلِيٌّ ، وَلَيْسَ بِضَامِنٍ عَنِ الضَّامِنِ الْآخَرِ .

فَصْلٌ فِي الْكَفَالَةِ : وَهِيَ التَّزَامُ إِخْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ . وَتَصِحُّ بِيَدِنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَبِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : (الْكَفَالَةُ ؛ التَّزَامُ إِخْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْكَفَالَةَ بِالنَّفْسِ صَحِيحَةٌ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ شُرَيْحٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ أَقْوَالِهِ : الْكَفَالَةُ بِالْبَدَنِ ضَعِيفَةٌ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : هِيَ صَحِيحَةٌ قَوْلًا وَاحِدًا وَإِنَّمَا أَرَادَ أَنَّهَا ضَعِيفَةٌ فِي الْقِيَاسِ ، وَإِنْ كَانَتْ ثَابِتَةً بِالْإِجْمَاعِ وَالْأَثَرِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهَا قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا غَيْرُ صَحِيحَةٍ ؛ لِأَنَّهَا كَفَالَةٌ بَعِينٌ ، فَلَمْ تَصِحَّ ، كَالْكَفَالَةِ بِالْوَجْهِ وَبَدَنِ الشَّاهِدَيْنِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُتَوَّنُوا مُوْتَقًا مِنَ اللَّهِ لِنَأْتِنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّ مَا وَجَبَ تَسْلِيمُهُ بَعْدَ ، وَجَبَ تَسْلِيمُهُ بَعْدَ الْكَفَالَةِ ، كَالْمَالِ .

١٨٤٤ - مَسْأَلَةٌ : (وَتَصِحُّ بِيَدِنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَبِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ) تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِيَدِنِ كُلِّ مَنْ يَلْزَمُهُ الْحُضُورُ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ

تبيين : أَحَدُهُمَا ، ظَاهِرُ قَوْلِهِ فِي الْكَفَالَةِ : وَهِيَ التَّزَامُ إِخْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ . أَنَّهُ سِوَاءٍ كَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ حَاضِرًا أَوْ غَائِبًا ، بِإِذْنِهِ ، ^(٢) «بِلا نزاع» ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ ، عَلَى خِلَافِ يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ قَرِيبًا . وَقِيلَ : لَا تَصِحُّ كَفَالَةُ الْمَدْيُونِ إِلَّا بِإِذْنِهِ . الثَّانِي ، قَوْلُهُ : وَتَصِحُّ بِيَدِنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ . يَعْنِي ، بِيَدِنِ كُلِّ مَنْ يَلْزَمُهُ

(١) سورة يوسف ٦٦ .

(٢) (٢ - ٢) زيادة من : ١ .

بدّين لازم ، سواء كان معلوماً أو مجهولاً . وقال بعض الشافعية : لا تصحّ ممن عليه دين مجهول ؛ لأنه قد يتعذر إحضار المكفول فيلزمه الدين ، ولا يمكنه طلبه منه ؛ لجهله . ولنا ، أن الكفالة بالبدن لا بالدين ، والبدن معلوم ، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ، ولأننا قد بينّا أن ضمان^(١) المجهول يصحّ ، وهو التزام المال ابتداءً ، فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداءً أولى . وتصحّ الكفالة بالصبي والمجنون ؛ لأنهما^(٢) قد يجب إحضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالإتلاف ، وإذن وليّهما يقوم مقام إزنيهما . وتصحّ بدّن^(٣) المحبوس والغائب . وقال أبو حنيفة : لا تصحّ . ولنا ، أن كلّ وثيقة صحّت مع الحضور ، صحّت مع الغيبة والحبس ، كالرهن والضمان ، ولأنّ الحبس لا يمنع من التسليم ؛ لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم ، أو أمر من حبسه ، ثم يعيده إلى الحبس بالحققين جميعاً ، والغائب يمضي إليه

الحضور إلى مجلس الحكم بدّين لازم مطلقاً ، يصحّ ضمانه .

قوله : وبالأعيان المضمونة . يعني ، يصحّ أن يكفلها ، بحيث إنه إذا تعذر إحضارها ، يضمنها ، إلا أن تلتف بفعل الله تعالى ، على ما يأتي . قال الزركشي : في صحّة كفالة العين المضمونة وجهان . ولم أر الخلاف لغيره .

فائدة : تنعقد الكفالة بالفاظ الضمان المتقدمة كلها . على الصحيح من

(١) في م : « الضمان » .

(٢) في م : « لأنه » .

(٣) في الأصل : « بدّين » .

وَلَا تَصِحُّ بَيِّنَاتٌ مِنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ ،

الشرح الكبير

فِيحْضِرُهُ إِنْ كَانَتْ الْعَيْتَةُ غَيْرَ مُنْقَطِعَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يَعْلَمَ خَبَرَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ خَبَرَهُ ، لَزِمَهُ مَا ^(١) عَلَيْهِ . قَالَ الْقَاضِي . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : لَا يَلْزِمُهُ مَا ^(٢) عَلَيْهِ ، حَتَّى تَمُضِيَ مُدَّةٌ يُمَكِّنُهُ الرَّدُّ فِيهَا وَلَا يَفْعَلُ . وَتَصِحُّ بِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ ، كَالْعُصُوبِ وَالْعَوَارِي ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُهَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا صِحَّةَ ضَمَانِهَا .

١٨٤٥ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ بَيِّنَاتٌ مِنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ) سِوَاءَ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، كَحَدِّ الزَّانِي وَالسَّرَّاقِ ، أَوْ لَادِمِيٍّ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ وَالْقِصَاصِ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ ^(١) الْعُلَمَاءِ ؛ مِنْهُمْ [٧٤/٤] شَرِيحٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُيَيْدٍ ^(٢) ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .

الإنصاف

المذهب . وَقِيلَ : لَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظٍ : حَمِيلٍ ، وَقِيلَ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ .
قوله : وَلَا تَصِحُّ بَيِّنَاتٌ مِنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : تَصِحُّ . وَاخْتَارَهُ فِي « الْفَاتَّقِ » .
تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : وَلَا تَصِحُّ بَيِّنَاتٌ مِنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ . شَمِلَ سِوَاءَ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ ^(٣) ؛ كَحَدِّ الزَّانِي ، وَالسَّرَّاقِ ، وَنَحْوِهِمَا ، أَوْ لَادِمِيٍّ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَالْقِصَاصِ . وَكَوْنُ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ لَا تَصِحُّ كِفَالَتُهُ ، مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ .

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « عَيْلَة » .

(٣) في الأصل ، ط : « فِيهِ » .

وَلَا بَغِيرَ مُعَيَّنٍ ، كَأَحَدٍ هَذَيْنِ . المقنع

والشافعي في حُدُودِ اللَّهِ تعالى . واختلفَ قَوْلُهُ في حُدُودِ الْآدَمِيِّ ، فقال
في مَوْضِعٍ : لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ وَلَا لِعَانَ . وقال في مَوْضِعٍ : تَجُوزُ الْكَفَالَةُ الشرح الكبير
بِمَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ أَوْ حَدٌّ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَآدَمِيِّ ، فَصَحَّتِ الْكَفَالَةُ بِهِ ، كَسَائِرِ
حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ،
عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ » ^(١) . وَلِأَنَّهُ حَدٌّ ، فَلَمْ تَصِحَّ
الْكَفَالَةُ فِيهِ ، كَحُدُودِ اللَّهِ تعالى ، وَلِأَنَّ الْكَفَالَةَ اسْتِثْنَاءٌ ، وَالْحُدُودُ مَبْنَاهَا
عَلَى الْإِسْقَاطِ وَالذَّرْعِ بِالشُّبُهَاتِ ، فَلَا يَدْخُلُ فِيهَا الْاسْتِثْنَاءُ ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ
لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الْكَفِيلِ إِذَا تَعَدَّرَ عَلَيْهِ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ
الْكَفَالَةُ بِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، كَحَدِّ الزَّنَى .

فصل : وَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِالْمُكَاتَبِ مِنْ أَجْلِ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ
الْحُضُورَ لَا يَلْزَمُهُ ، فَلَا تَجُوزُ الْكَفَالَةُ بِهِ ، كدَيْنِ الْكِتَابَةِ .

١٨٤٦ - مسألة : (وَلَا) تَصِحُّ (بَغِيرَ مُعَيَّنٍ ، كَأَحَدٍ هَذَيْنِ)

الإصناف
فَالِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَصِحُّ الْكَفَالَةُ لِأَخْذِ مَالٍ ، كَالدَّيَّةِ ، وَغُرْمِ السَّرْقَةِ .
الثَّانِيَةُ ، لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِزَوْجِهِ ، أَوْ شَاهِدٍ .

قوله : وَلَا بَغِيرَ مُعَيَّنٍ ، كَأَحَدٍ هَذَيْنِ . هذا المذهبُ ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ،
وَقُطِعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ . وَقِيلَ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ، فَهُوَ كَالِإِعَارَةِ وَالْإِبَاحَةِ . ذَكَرَهُ

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْكَفَالَةِ بِبَدَنٍ مِنْ عَلَيْهِ حَقٌّ ، مِنْ كِتَابِ الضَّمَانِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ

وَأِنْ كَفَلَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ إِنْسَانٍ أَوْ عُضْوٍ ، أَوْ كَفَلَ بِإِنْسَانٍ عَلَى الْمُقْنَعِ أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَفِيلٌ بآخَرَ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ ، صَحَّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال ، فلا يمكن تسليمه .

١٨٤٧ - مسألة : (وإن كَفَلَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ إِنْسَانٍ أَوْ عُضْوٍ ، أَوْ كَفَلَ بِإِنْسَانٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَفِيلٌ بآخَرَ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ ، صَحَّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) أمَّا إِذَا قَالَ : أَنَا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ . أَوْ : بِنَفْسِهِ . أَوْ بِيَدَيْهِ . أَوْ : بِوَجْهِهِ . كَانَ كَفِيلًا بِهِ . فَإِنْ كَفَلَ بِرَأْسِهِ أَوْ كَبِدِهِ ، أَوْ جُزْءٍ لَا تَبْقَى الْحَيَاةُ بَدُونِهِ ، أَوْ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهُ ، كَثْلَتُهُ أَوْ رُبْعُهُ ، صَحَّتِ الْكَفَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ إِخْضَارُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِخْضَارِهِ كُلِّهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا^(١) تَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِبَعْضِ الْبَدَنِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَسْرِي إِذَا خُصَّ^(٢) بِهِ عُضْوٌ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ . فَإِنْ كَفَلَ بِعُضْوٍ^(٣) تَبْقَى الْحَيَاةُ بَعْدَ زَوَالِهِ ، كَالْيَدِ وَالرَّجْلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَصِحُّ الْكَفَالَةُ .

الإنصاف

فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » .

قوله : وَإِنْ كَفَلَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ إِنْسَانٍ - كَثْلَتُهُ أَوْ رُبْعُهُ - صَحَّ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسَّاسٍ » ،

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « حضر » .

(٣) في ر ١ : « مجزء » .

اختاره أبو الخطّاب . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنّه لا يُمكنه إحصار هذه الأعضاء على صفتها إلّا بإحصار البدن كلّ ، أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ، ولأنّه حكم يتعلّق بالجملة ، فيثبت حكمه إذا أُضيف إلى البعض ، كالطلاق والعنق . والثاني ، لا يصح ؛ لأن تسليمه بدون تسليم الجملة مُمكن مع بقائها .

و « المُنَوَّر » ، و « إدراك الغاية » . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المُستوعِب » ، و « الخلاصة » ، و « الكافي » ، و « التلخيص » ، و « الشرح » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، وغيرهم . قال في « تجريد العناية » : هذا الأظهر . وصحّحه في « التصحيح » . والوجه الثاني ، لا يصح . قال القاضي ، في « المُجرّد » : لا تصحّ الكفالة ببعض البدن .

قوله : أو عضو ، صحّ في أحد الوجهين . إذا تكفّل بعض من إنسان ، فلا يخلو ؛ إمّا أن يكون بوجهه أو غيره ؛ فإن كان بوجهه ، صحّ . على الصحيح من المذهب . جزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الكافي » ، و « المُحرّر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفائق » ، و « إدراك الغاية » ، و « المُنَوَّر » ، وغيرهم . قال ابن مُنَجّج في « شرحه » : وهو الظاهر . ويتنبّئ حمل كلام المُصنّف عليه . وقيل : لا يصحّ . قال القاضي : لا يصحّ ببعض البدن . وهو ظاهر ماقدّمه في « الفروع » . قلت : لم أر من صرح بهذا القول . وظاهر كلام المُصنّف ، إجراء^(١) الخلاف فيه . وإن كانت الكفالة بعضو ، غير وجهه ، فأطلق المُصنّف فيه وجهين ، وأطلقهما في « المُحرّر » ، و « الفائق » ، و « الفروع » ؛ أحدهما : تصحّ . وهو المذهب . جزم به ابن

(١) في الأصل ، ١ : « استحبوا » .

فصل : إذا تكفل بإنسانٍ على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيلٌ بآخرٍ أو ضامنٌ ما عليه ، لم ^(١) يصحَّ عند القاضي فيهما ؛ لأنَّ الأوَّلَ مُوقَّتٌ ، والثَّانِي مُعَلَّقٌ على شَرَطٍ . وقال أبو الخطَّابِ : يصحُّ فيهما ؛ لأنَّ ضَمَانٌ أو كِفَالَةٌ ، فيصحُّ تعلُّقه على شَرَطٍ ، كضَمَانِ العَهْدَةِ . فإن قال : إن جئت به في وقتٍ كذا ، وإلا فأنا كفيلٌ بيدِ فلانٍ . أو : فأنا ضامنٌ لك [٧٤/٤ ط] المال الذي على فلانٍ . أو قال : إذا جاء زيدٌ ، فأنا ضامنٌ لك

عبدوسٍ في « تذكيرته » . واختاره أبو الخطَّابِ . قال في « تجريد العناية » : هذا الأظهرُ . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، وغيرهم . وصحَّحه في « التصحیح » . والوجهُ الثاني ، لا تصحُّ . اختاره القاضي ، كما تقدَّم عنه . وقيل : إن كانت الحياةُ تبقى معه ؛ كاليدِ والرجلِ ، ونحوهما ، لم يصحَّ ، وإن كانت لا تبقى معه ؛ كرأسه وكبده ، ونحوهما ، صحَّ . جزم به في « الوجيز » . [١٢٤/٢ ط] وقدمه في « المغني » ، و « الشرح » . وهو الصَّوابُ . قال في « الكافي » : قال غيرُ القاضي : إن كفَّلَ بعضو لا تبقى الحياةُ بدونه ؛ كالرأسِ ، والقلبِ ، والظهرِ ، صحَّ ، وإن كان بغيرِها ؛ كاليدِ والرجلِ ، فوجهان .

قوله : وإن كفَّلَ بإنسانٍ على أنه إن جاء به ، وإلا فهو كفيلٌ بآخرٍ ، أو ضامنٌ ما عليه ، صحَّ في أحدِ الوجهين . وأطلقهما في « المذهب » ، و « الفروع » ، و « الفائق » . وظاهرُ « المغني » ، و « الشرح » ، الإطلاقُ ؛ أحدهما ،

(١) سقط من : الأصل .

ما عليه . أو : إذا قَدِمَ الحاجُّ ، فأنا كَفِيلُ فلانٍ . أو قال : أنا كَفِيلُ فلانٍ شهرًا . فقال القاضي : لا تصحُّ الكفالة . وهو مذهبُ الشافعيِّ ، ومحمدُ (ابنِ الحسنِ) ؛ لأنَّ ذلكَ خطرٌ ، فلم يَجْزُ تَعْلِيْقُ الضَّمانِ والكفالةِ به ، كَمَجِيءِ المَطَرِ ، ولأنَّ إثباتَ حقِّ لآذِمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فلم يَجْزُ تَعْلِيْقُهُ على شرطٍ ، ولا تَوْقِيْتُهُ ، كَالِهَبَةِ . وقال الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخطَّابِ : يصحُّ . وهو قولُ أبي حنيفة ، وأبي يُوسُفَ ؛ لأنَّه أَضَافَ الضَّمانَ إلى سَبَبِ الوجوبِ ، فيجِبُ أن يصحَّ ، كضمانِ الدَّرَكِ . والأوَّلُ أَقْيَسُ .

فصل : وإن قال : كَفَلْتُ بِيَدِنِ فلانٍ ، على أن يَبرَأَ فلانُ الكفيلُ . أو : على أن تُبرِئَهُ مِنَ الكفالةِ . لم يصحَّ ؛ لأنَّه شرطُ شرطًا لا يَلْزَمُ الوفاءُ به ، فيكونُ فاسِدًا ، وتفسدُ به الكفالةُ . ويَحْتَمِلُ أن يصحَّ ؛ لأنَّه شرطُ تَحْوِيلٍ

يَصِحُّ . وهو المذهبُ . اختارَه أبو الخطَّابِ ، والشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ . وصحَّحه في « التَّصْحِيحِ » . وجزَمَ به في « الوجيزِ » ، و « المُنَوَّرِ » ، و « تَذَكُّرَةِ ابنِ عَبْدِوسٍ » . وقَدَّمَهُ في « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرُّعايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِيَيْنِ » . ونَقَلَ مَهَنَّا الصَّحَّةَ في كَفِيلِهِ به . والوجهُ الثَّانِي ، لا يَصِحُّ . اختارَه القاضي في « الجامعِ » .

فوائد : منها ، لو قال : كَفَلْتُ بِيَدِنِ فلانٍ على أن تُبرِئَ فلانًا الكفيلَ . فسَدَ الشرطُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يفسدُ . فعلى المذهبِ ، يفسدُ العَقْدُ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ وَجْهٌ ، لا يفسدُ .

الْوَيْثَقَةُ الَّتِي عَلَى الْكَفِيلِ إِلَيْهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَا تَلْزَمُهُ الْكَفَالَةُ إِلَّا أَنْ يُبْرَأَ
الْمَكْفُولُ لَهُ الْكَفِيلَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَفَلَ بِهَذَا الشَّرْطِ ، فَلَا تَثْبُتُ كِفَالَتُهُ

وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ هَذَا الدَّيْنَ عَلَى أَنْ تُبْرَأَنِي مِنَ الدَّيْنِ الْآخَرِ .
قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَمِنْهَا ، لَوْ قَالَ :
إِنْ جِئْتَ بِهِ فِي وَقْتِ كَذَا ، وَإِلَّا فَأَنَا كَفِيلٌ بِيَدِنِ فُلَانٍ . أَوْ : وَإِلَّا فَأَنَا ضَامِنٌ مَا
لَكَ عَلَى فُلَانٍ . أَوْ قَالَ : إِنْ جَاءَ زَيْدٌ فَأَنَا ضَامِنٌ لَكَ مَا عَلَيْهِ . أَوْ : إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ
فَأَنَا كَفِيلٌ بِفُلَانٍ شَهْرًا . فَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ : وَهُوَ أَقْيَسُ . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، فِي
« الْإِنْتِصَارِ » : تَصِحُّ . وَاعْلَمْ أَنَّ أَكْثَرَ هَذِهِ الْمَسَائِلِ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ يَنْزِعُ
إِلَى تَعْلِيلِ الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ بِشَرْطٍ ، وَتَوْفِيقِهِمَا ، بَلْ هِيَ مِنْ جُمْلَتَيْهَا . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : وَفِي صِحَّةِ تَعْلِيلِ ضَمَانٍ وَكَفَالَةٍ بِغَيْرِ سَبَبِ الْحَقِّ ، وَتَوْفِيقِهِمَا ،
وَجِهَانٌ ؛ فَلَوْ تَكَفَّلَ بِهِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَغَيْرِهِ ، أَوْ كَفِيلٌ بِهِ ،
أَوْ كَفَلَهُ شَهْرًا ، فَوَجِهَانٌ . انْتَهَى . وَقَدَّمَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، صِحَّةَ تَعْلِيلِ الضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ بِالشَّرْطِ الْمُسْتَقْبَلِ . وَجَزَمَ
بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي
« تَذَكُّرَتِهِ » ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ،
وَغَيْرُهُمْ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الْمُصَنِّفِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ عَلَّقَ
الضَّمَانُ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، صَحَّ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ إِلَّا بِسَبَبِ الْحَقِّ ؛ كَالْعَهْدَةِ ،
وَالدَّرَكِ ، وَمَا لَمْ يَجِبْ وَلَمْ يُوجَدْ بِسَبَبِهِ ، وَيَصِحُّ تَوْفِيقُهُ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ . قَالَ :
وَيَحْتَمِلُ عَدَمُهُ . وَهُوَ أَقْيَسُ ؛ لِأَنَّهُ وَعْدٌ . انْتَهَى .

فَائِدَةٌ : قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : إِنْ كَفَلَ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ ، لَمْ تَصِحَّ

المقنع وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الْكَفِيلِ ، وَفِي رِضَا الْمَكْفُولِ بِهِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

بِدُونِ شَرْطِهِ . وَإِنْ قَالَ : كَفَلْتُ لَكَ بِهَذَا الْعَرِيمِ عَلَى أَنْ تُبْرِئَنِي مِنَ الْكَفَالَةِ بِفُلَانٍ . أَوْ : صَمِنْتُ لَكَ هَذَا الدَّيْنَ بِشَرْطِ أَنْ تُبْرِئَنِي مِنْ ضَمَانِ الدَّيْنِ الْآخَرِ . أَوْ : عَلَى أَنْ تُبْرِئَنِي مِنَ الْكَفَالَةِ بِفُلَانٍ . خُرَجَ فِيهِ الْوَجْهَانِ ، أَصْحُهُمَا الْبُطْلَانُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ فُسْخِ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ فُسْخِ بَيْعٍ آخَرَ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَرَطَ فِي الْكَفَالَةِ أَوْ الضَّمَانِ أَنْ يَتَكْفَلَ « الْمَكْفُولُ لَهُ ، أَوْ » الْمَكْفُولُ بِهِ بِآخَرَ ، أَوْ يَضْمَنَ دَيْنًا عَلَيْهِ ، أَوْ يَبِيعَهُ شَيْئًا عَلَيْهِ ، أَوْ يُوجِرَهُ دَارَهُ ، « لَمْ يَصِحَّ » ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

١٨٤٨ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الْكَفِيلِ ، وَفِي رِضَا الْمَكْفُولِ بِهِ وَجْهَانِ) يُعْتَبَرُ رِضَا الْكَفِيلِ فِي صِحَّةِ الْكَفَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْحَقُّ ابْتِدَاءً إِلَّا بِرِضَاهُ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَكْفُولِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُا وَثِيقَةٌ لَهُ لَا قَبْضَ فِيهَا ، فَصَحَّتْ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ ، كَالشَّهَادَةِ ، وَلِأَنَّهُا التَّزَامُ حَقٌّ لَهُ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ رِضَاهُ فِيهَا ، كَالنَّذْرِ . فَأَمَّا رِضَا الْمَكْفُولِ بِهِ ،

الإنصاف

الْكَفَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَقْتُ تُسْتَحَقُّ مُطَالَبَتُهُ فِيهِ . وَهَكَذَا الضَّمَانُ ، وَإِنْ جَعَلَهُ إِلَى الْحَصَادِ وَالْجِدَادِ وَالْعَطَاءِ . وَخُرَجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْأَجَلِ فِي الْبَيْعِ . وَالْأَوَّلَى صِحَّتُهُ هُنَا . انْتَبِهَا .

قوله : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الْكَفِيلِ - بلا نزاع - وَفِي رِضَا الْمَكْفُولِ بِهِ - وهو الْمَكْفُولُ عَنْهُ - وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في م : « صح » .

وَمَتَّى أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ ، وَسَلَّمَهُ ، بَرِيءٌ ، إِلَّا [١١٢ ط] أَنْ الْمَقْنَعِ يُحْضِرُهُ قَبْلَ الْأَجْلِ وَفِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ .

الشرح الكبير فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُعْتَبَرُ ، كَالضَّمَانِ . وَالثَّانِي ، يُعْتَبَرُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا إِحْضَارُهُ ، فَإِذَا تَكَفَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْحُضُورُ مَعَهُ ، وَلَئِنَّهُ يَجْعَلُ لِنَفْسِهِ حَقًّا عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْحُضُورُ مَعَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَمَا لَوْ أَلْزَمَهُ الدَّيْنُ ، وَفَارَقَ الضَّمَانُ ، فَإِنَّ الضَّامِنَ يَقْضِي الْحَقَّ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ .

١٨٤٩ - مسألة : (وَمَتَّى .) « أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ » ، وَسَلَّمَهُ ، بَرِيءٌ ، إِلَّا أَنْ يُحْضِرَهُ قَبْلَ الْأَجْلِ وَفِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ » ([٧٥/٤]) وَجُمْلَةٌ ذَلِكَ ، أَنَّ الْكَفَالَةَ تَصِحُّ حَالَةً وَمَوْجَلَةً ، كَالضَّمَانِ ، فَإِنْ أَطْلَقَ ، انْصَرَفَ إِلَى الْحُلُولِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَدْخُلُهُ الْحُلُولُ ، إِذَا أُطْلِقَ اقْتَضَى الْحُلُولُ ،

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، الْإِنْصَافِ وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُعْتَبَرُ رِضَاهُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » : يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » . قَالَ ابْنُ مُنْجَى : هَذَا أَوَّلَى . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ الْمَذْهَبُ عَلَى مَا اضْطَلَّخْنَاهُ .

قوله : وَمَتَّى أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ ، وَسَلَّمَهُ ، بَرِيءٌ ، إِلَّا أَنْ يُحْضِرَهُ قَبْلَ الْأَجْلِ ، وَفِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ . إِذَا أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ ، وَسَلَّمَهُ بَعْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ ، بَرِيءٌ . عَلَى

كَالْثَمَنِ وَالضَّمَانِ . فَإِذَا تَكَفَّلَ حَالًا ، كَانَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ بِإِحْضَارِهِ ، فَإِنْ أَحْضَرَهُ وَهَنَّاكَ يَدٌ حَائِلَةٌ ظَالِمَةٌ ، لَمْ يَبْرَأْ مِنْهُ ، وَلَمْ يَلْزَمْ الْمَكْفُولَ لَهُ تَسْلِيمُهُ^(١) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْصُلُ لَهُ غَرَضُهُ . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ يَدٌ حَائِلَةٌ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، فَإِنْ قَبَلَهُ بَرِيٌّ مِنَ الْكَفَالَةِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَبْرَأُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ بَرِئْتُ إِلَيْكَ مِنْهُ . أَوْ : قَدْ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ . أَوْ : قَدْ أَخْرَجْتُ نَفْسِي مِنْ كِفَالَتِهِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى عَمَلٍ ، فَبَرِيٌّ مِنْهُ بِالْعَمَلِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْإِجَارَةِ . فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ^(٢) بَرِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَحْضَرَ مَا يَجِبُ تَسْلِيمُهُ عِنْدَ غَرِيمِهِ ، وَطَلَبَ مِنْهُ تَسْلِيمَهُ^(٣) عَلَى وَجْهِ لَا ضَرَرَ فِي قَبْضِهِ ، فَبَرِيٌّ مِنْهُ ، كَالْمُسْلَمِ فِيهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : إِذَا اِمْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، أَشْهَدَ عَلَى اِمْتِنَاعِهِ رَجُلَيْنِ ، وَبَرِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى

الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ مُطْلَقًا ، نَصَّ^(٤) عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ يَدٌ حَائِلَةٌ ظَالِمَةٌ . قُلْتُ : الظَّاهِرُ أَنَّهُ مُرَادُ غَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَا يَبْرَأُ حَتَّى يَبْرَأَ مِنْهُ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَبْرَأُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ بَرِئْتُ إِلَيْكَ مِنْهُ . أَوْ : قَدْ سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ . أَوْ : قَدْ أَخْرَجْتُ نَفْسِي مِنْ كِفَالَتِهِ . انْتَهَى . وَقَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ ؛ « مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ »^(٥) : إِذَا اِمْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، أَشْهَدَ عَلَى

(١) فِي الْأَصْلِ ، ق : « تَسْلِيمِهِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « تَسْلِيمِهِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ر ١ : « تَسْلِيمِهِ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ط .

فَعَلِهِ ، فَبَرِئَ مِنْهُ . وقال القاضي : يَرْفَعُهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، أَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ عَلَى إِحْضَارِهِ وَامْتِنَاعِ الْمَكْفُولِ لَهُ مِنْ قَبُولِهِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ مَعَ وُجُودِ صَاحِبِ الْحَقِّ لَا يَلْزَمُهُ دَفْعُهُ إِلَى نَائِيهِ ، كَحَاكِمٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَتِ الْكَفَالَةُ مُوَجَّلَةً ، لَمْ يَلْزَمْ إِحْضَارُهُ قَبْلَ الْأَجْلِ ، كَالَّذَيْنِ الْمُوَجَّلِ ، فَإِذَا حَلَّ الْأَجْلُ فَأَحْضَرَهُ وَسَلَّمَهُ ، بَرِئَ . فَإِنْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ الْأَجْلِ وَلَا ضَرَرَ فِي تَسْلِيمِهِ ^(١) ، لَزِمَهُ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ حُجَّةُ الْعَرِيمِ غَائِبَةً ، أَوْ لَمْ يَكُنْ يَوْمَ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، أَوِ الدَّيْنِ مُوَجَّلًا عَلَيْهِ لَا يُمَكِّنُ اقْتِضَاؤُهُ مِنْهُ ، أَوْ قَدْ وَعَدَهُ بِالْإِنْظَارِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ ، لَمْ يَلْزَمْ قَبُولُهُ ، كَمَنْ سَلَّمَ الْمُسْلِمَ فِيهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ أَوْ فِي غَيْرِ مَكَانِهِ .

فصل : وَإِذَا عَيِّنَ فِي الْكَفَالَةِ تَسْلِيمَهُ فِي مَكَانٍ ، فَأَحْضَرَهُ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْكَفَالَةِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وقال القاضي : إِنْ

امْتِنَاعِهِ رَجُلَيْنِ ، وَبَرِئَ . وقال القاضي : يَرْفَعُهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا ، أَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ عَلَى إِحْضَارِهِ وَامْتِنَاعِ الْمَكْفُولِ لَهُ مِنْ قَبُولِهِ . **تنبيه :** حُكْمُ مَا إِذَا أَحْضَرَهُ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجْلِ ، وَلَا ضَرَرَ فِي قَبْضِهِ ، حُكْمُ مَا إِذَا أَحْضَرَهُ بَعْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فائدة : يَتَعَيَّنُ إِحْضَارُهُ [١٢٥/٢] مَكَانَ الْعَقْدِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يَتَعَيَّنُ فِيهِ إِنْ حَصَلَ ضَرَرٌ فِي غَيْرِهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقِيلَ : يَبْرَأُ بَيِّقَةِ الْبَلَدِ ^(٢) . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِيصِ » . قَالَ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ١ : « تَسْلِيمُهُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي ١ : « اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، قَالَ فِي « الْمَغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَعِنْدَ غَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ فِيهِ سُلْطَانٌ » .

أَحْضَرَهُ بِمَكَانٍ آخَرَ مِنَ الْبَلَدِ وَسَلَّمَهُ ، بَرِيءٌ مِنَ الْكَفَالَةِ . وقال بعضُ أصحابنا : متى أَحْضَرَهُ فِي أَىِّ مَكَانٍ كَانَ ، وَفِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ سُلْطَانٌ ، بَرِيءٌ مِنَ الْكَفَالَةِ ؛ لَكُونِهِ لَا يُمَكِّنُهُ الْإِمْتِنَاعُ مِنْ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، وَيُمْكِنُ إِثْبَاتُ الْحُجَّةِ فِيهِ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي إِحْضَارِهِ بِمَكَانٍ آخَرَ ، لَمْ يَبْرَأِ الْكَفِيلُ إِذَا أَحْضَرَهُ فِيهِ ، وَإِلَّا بَرِيءٌ ، كَقَوْلِنَا فِيمَا إِذَا أَحْضَرَهُ قَبْلَ الْأَجْلِ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ اخْتِلَافٌ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَلَّمَ مَا شَرَطَ تَسْلِيمَهُ فِي مَكَانٍ فِي غَيْرِهِ ، فَلَمْ [٧٥/٤ ظ] يَبْرَأْ ، كَمَا لَوْ أَحْضَرَ الْمُسْلِمَ فِيهِ فِي غَيْرِ الْمَوْضِعِ الَّذِي شَرَطَهُ ، وَلَأنَّهُ قَدْ يُسَلَّمُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَاتِ الْحُجَّةِ فِيهِ ؛ لِغَيْبَةِ شُهُودِهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَقَدْ يَهْرُبُ مِنْهُ وَلَا يَقْدِرُ عَلَى إِمْسَاكِهِ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا سَلَّمَهُ قَبْلَ الْأَجْلِ ، فَإِنَّهُ عَجَلَ الْحَقُّ قَبْلَ أَجَلِهِ ، فَرَادَهُ خَيْرًا ، فَمَتَى لَمْ يَكُنْ ضَرَرٌ ، وَجَبَ قَبُولُهُ . فَإِنْ وَقَعَتِ الْكَفَالَةُ مُطْلَقَةً ، وَجَبَ تَسْلِيمُهُ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ ، كَالسَّلَامِ . فَإِنْ سَلَّمَهُ فِي غَيْرِهِ ، فَهُوَ كَتَسْلِيمِهِ فِي غَيْرِ الْمَكَانِ الَّذِي عَيَّنَهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَحْبُوسًا ^(١) عِنْدَ غَيْرِ الْحَاكِمِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ تَسْلِيمُهُ ^(٢) ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْحَبْسَ

الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إِنْ كَانَ الْمَكْفُولُ فِي حَبْسِ الشَّرْعِ ، فَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ فِيهِ ، بَرِيءٌ ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِحْضَارُهُ مِنْهُ إِلَيْهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ الْأُئِمَّةِ ، ^(١) وَيُمْكِنُهُ الْحَاكِمُ مِنَ الْإِخْرَاجِ لِيُحَاكِمَ غَرِيمَهُ ، ثُمَّ يَرُدُّهُ . هَذَا مَذْهَبُ الْأُئِمَّةِ ^(٢) ، كَاللَّيْثِ ، وَأَحْمَدَ ، وَغَيْرِهِمَا . وَفِي طَرِيقَةٍ بَعْضُ الْأَصْحَابِ ، وَإِنْ قِيلَ : دَلَالَتُهُ عَلَيْهِ ، وَإِعْلَامُهُ بِمَكَانِهِ لَا يُعَدُّ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) زيادة من : أ .

وَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ سَلَّمَ الْمَقْنَعُ نَفْسَهُ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ .

الشرح الكبير

يَمْنَعُهُ اسْتِيفَاءُ حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا عِنْدَ الْحَاكِمِ ، فَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ مَحْبُوسًا ، لَزِمَهُ تَسْلِيمُهُ ، لِأَنَّ حَبْسَ الْحَاكِمِ لَا يَمْنَعُهُ اسْتِيفَاءُ حَقِّهِ . وَإِذَا طَالَ بِالْحَاكِمِ بِإِخْضَارِهِ ، أَحْضَرَهُ وَحَكَمَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ يَرُدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ . فَإِنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِلْمَكْفُولِ لَهُ ، حَبَسَهُ بِالْحَقِّ الْأَوَّلِ وَحَقِّ الْمَكْفُولِ لَهُ .

١٨٥٠ - مسألة : (وَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ سَلَّمَ نَفْسَهُ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ) إِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ وَسَقَطَتِ الْكَفَالَةُ . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَحَمَادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَسْقُطَ ، وَيُطَالَبُ بِمَا عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَكَمِ ، وَمَالِكٍ ، وَاللَّيْثِ . وَحُكِيَ عَنْ ابْنِ شُرَيْحٍ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ وَثِيقَةٌ بِحَقٍّ ، فَإِذَا تَعَدَّرَتْ مِنْ جِهَةٍ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، اسْتَوْفَى

الإنصاف

تَسْلِيمًا . قُلْنَا : بَلْ يُعَدُّ . وَلِهَذَا إِذَا دَلَّ عَلَى الصِّيدِ مُحَرَّمًا ، كَفَّرَ .
قوله : وَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ سَلَّمَ نَفْسَهُ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ . إِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
سواءٌ تَوَانَى الْكَفِيلُ فِي تَسْلِيمِهِ حَتَّى مَاتَ ، أَوْ لَا . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يَبْرَأُ مُطْلَقًا ، فَيَلْزَمُهُ الدَّيْنُ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدَّيْنِ . ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « الْفَاتِقِ » . وَقِيلَ : إِنْ تَوَانَى فِي تَسْلِيمِهِ حَتَّى مَاتَ ، لَمْ يَبْرَأْ ، وَلَا بَرِئَ .

مِنَ الْوَثِيقَةِ ، كَالرَّهْنِ ، وَلَأنَّهُ تَعَدَّرَ إِحْضَارُهُ ، فَلَزِمَ كَفِيلَهُ مَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ غَابَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحُضُورَ سَقَطَ عَنِ الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَبَرِئَ الْكَفِيلُ ، كَمَا لَوْ بَرِئَ مِنَ الدَّيْنِ ، وَلَأنَّ مَا التَّزَمَهُ مِنْ أَجْلِهِ سَقَطَ عَنِ الْأَصْلِ ، فَبَرِئَ الْفَرَعُ ، كَالضَّامِنِ إِذَا قَضَى الْمَضْمُونُ عَنْهُ الدَّيْنُ أَوْ أُبْرِئَ مِنْهُ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا غَابَ ، فَإِنَّ الْحُضُورَ لَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ ، وَفَارَقَ الرَّهْنَ ، فَإِنَّهُ عُلِقَ بِهِ الْمَالُ فَاسْتَوْفَى مِنْهُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ ^(١) الْمَكْفُولُ بِهَا بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَإِنْ سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يَلْزَمُ الْكَفِيلَ لِأَجْلِهِ ، وَهُوَ إِحْضَارُ نَفْسِهِ ، فَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُ ، كَمَا لَوْ قَضَى الدَّيْنُ .

فصل : إِذَا قَالَ الْكَفِيلُ : قَدْ بَرِئَ الْمَكْفُولُ بِهِ مِنَ الدَّيْنِ وَسَقَطَتْ الْكَفَالَةُ . أَوْ قَالَ : لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ حِينَ كَفَلْتُهُ . فَانْكَرَ الْمَكْفُولُ لَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ صِحَّةُ الْكَفَالَةِ وَبَقَاءُ الدَّيْنِ ، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ ،

تنبيه : محلُّ الخلافِ ، إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ ، فَإِنْ اشْتَرَطَ الْكَفِيلُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ إِنْ مَاتَ ، بَرِئَ بِمَوْتِهِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَأَمَّا إِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْكَفِيلَ يَبْرَأُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِئِينَ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : لَا يَبْرَأُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

تنبيهان : أَحَدُهُمَا ، محلُّ الخلافِ ، إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ أَنْ لَا مَالَ عَلَيْهِ بِتَلَفِ الْعَيْنِ

(١) سقط من : م .

فَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُسْتَحْلَفَ فِيهَا إِذَا ادَّعَى الْكَفِيلُ أَنَّهُ تَكْفُلٌ بِمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْكَفِيلَ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِهِ فِيمَا ادَّعَاهُ ، فَإِنَّ مَنْ كَفَلَ بِشَخْصٍ مُعْتَرِفٍ بِدَيْنِهِ فِي الظَّاهِرِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ مَا ادَّعَاهُ مُحْتَمِلٌ . [٧٦/٤]

فصل : وإذا قال المكفول له للكَفِيلِ : أَبرأتكَ مِنَ الْكَفَالَةِ . بَرِيءٌ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ ، فَسَقَطَ بِإِسْقَاطِهِ ، كَالدَّيْنِ . وَإِنْ قَالَ : قَدْ بَرِئْتُ إِلَى مِنْهُ . أَوْ : قَدْ رَدَدْتَهُ إِلَيَّ . بَرِيءٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ بِوَفَاءِ الْحَقِّ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ فِي الضَّمَانِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ لَهُ : بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي كَفَلْتُ بِهِ . وَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ دُونَ الْمَكْفُولِ بِهِ ، وَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِقَبْضِ الْحَقِّ "وهذا قول محمد بن الحسن . وقيل : يكون إقرارًا بقَبْضِ الْحَقِّ" فيما إذا قال : بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي كَفَلْتُ بِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ بَرَاءَتَهُ بِدُونِ قَبْضِ الْحَقِّ بِإِبْرَاءِ الْمُسْتَحِقِّ ، أَوْ مَوْتِ الْمَكْفُولِ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ لِلْمَكْفُولِ بِهِ : أَبرأتكَ عَمَّا لِي قَبْلَكَ مِنَ الْحَقِّ . أَوْ : بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي قَبْلَكَ . فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنَ الْحَقِّ وَتَزُولُ الْكَفَالَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظٌ يَقْتَضِي الْعُمُومَ فِي كُلِّ مَا قَبْلَهُ . وَإِنْ قَالَ : بَرِئْتُ مِنَ الدَّيْنِ الَّذِي كَفَلَ بِهِ فَلَان . بَرِيءٌ وَبَرِيءٌ كَفِيلُهُ .

الْمَكْفُولِ بِهَا ، فَإِنْ اشْتَرَطَ ، بَرِيءٌ ، قَوْلًا وَاحِدًا ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي الْمَوْتِ . الثَّانِي ، إِنْ مُرَّاهُ بِقَوْلِهِ : أَوْ تَلَفْتُ الْعَيْنَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ . صَرَّحَ بِهِ فِي

وَأِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ مَعَ بَقَائِهِ ، لَزِمَ الْكَفِيلَ الدِّينُ ، أَوْ عَوْضُ الْعَيْنِ
وَأِنْ غَابَ ، أُمِهُلَ الْكَفِيلُ بِقَدْرِ مَا يَمْضِي فَيُحْضَرُهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ

١٨٥١ - مسألة : (وَأِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ مَعَ بَقَائِهِ ، لَزِمَ الْكَفِيلَ الدِّينُ
أَوْ عَوْضُ الْعَيْنِ) متى تَعَذَّرَ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ مَعَ حَيَاتِهِ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنْ
إِحْضَارِهِ ، لَزِمَهُ مَا عَلَيْهِ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا غَرَمَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ ،
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ^(١) . وَلأنَّهَا أَحَدُ نَوْعِي
الْكَفَالَةِ ، فَوَجَبَ بِهَا الْغَرَمُ ، كَالْكَفَالَةِ بِالْمَالِ .

١٨٥٢ - مسألة : (وَأِنْ غَابَ ، أُمِهُلَ الْكَفِيلُ بِقَدْرِ مَا يَمْضِي

« الْمُحَرَّرُ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمَا . وَأَمَّا إِذَا أَسْلَمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ فِي
مَجْلِهِ ، فَإِنَّ الْكَفِيلَ يَبْرَأُ ، قَوْلًا وَاحِدًا .

قوله : وَأِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ ، مَعَ بَقَائِهِ ، لَزِمَ الْكَفِيلَ الدِّينُ ، أَوْ عَوْضُ الْعَيْنِ .
هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَفِي « الْمُبْهَجِ »
وَجْهٌ ؛ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الْبِرَاءَةُ مِنْهُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ لَا يُلْزِمُهُ ، إِنْ امْتَنَعَ
بِسُلْطَانٍ ، وَالْحَقُّ بِهِ مُغْسِرًا أَوْ مَحْبُوسًا وَنَحْوَهُمَا ؛ لِاسْتِثْنَاءِ الْمَعْنَى . وَكَوْنُ الْكَفِيلِ
يَضْمَنُ مَا عَلَى الْمَكْفُولِ بِهِ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْهُ ، مِنْ الْمَفْرَدَاتِ .

فائدة : قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : السَّجَّانُ كَالْكَفِيلِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي
« الْفُرُوعِ » .

قوله : وَأِنْ غَابَ ، أُمِهُلَ الْكَفِيلُ بِقَدْرِ مَا يَمْضِي ، فَيُحْضَرُهُ ، وَأِنْ تَعَذَّرَ
إِحْضَارُهُ ، ضَمِينَ . إِذَا مَضَى الْكَفِيلُ لِيُحْضَرَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، وَتَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ ،

(١) تقدم تخریجه فی صفحة ٦ .

إِحْضَارُهُ ، ضَمِنَ مَا عَلَيْهِ .

المقنع

الشرح الكبير

فِيحْضِرُهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ ، ضَمِنَ مَا عَلَيْهِ (إِذَا غَابَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بَدَارِ الْحَرْبِ ، لَمْ يُؤْخَذِ الْكَفِيلُ بِالْحَقِّ حَتَّى يَمْضِيَ زَمَنٌ يُمَكِّنُ الْمُضِيَّ إِلَيْهِ وَإِعَادَتَهُ . وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ : يُخْبَسُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ قَدْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ يُعْتَبَرُ فِي وُجُوبِ آدَائِهِ إِمَّا كَانَ التَّسْلِيمَ وَإِنْ كَانَ حَالًا ، كَالدَّيْنِ ، فَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ فِيهَا وَلَمْ يُحْضِرْهُ ، أَوْ كَانَتْ الْعَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لَا يُعْلَمُ خَبَرُهُ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنْ إِحْضَارِهِ مَعَ إِمَّاكَانِهِ ، أَخِذْ بِمَا عَلَيْهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ كَانَتْ الْعَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لَا يُعْلَمُ مَكَانُهُ ، لَمْ يُطَالَبِ الْكَفِيلُ بِإِحْضَارِهِ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ . وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ إِحْضَارِهِ مَعَ إِمَّاكَانِهِ خُبِسَ . وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى وَجُوبِ الْعُرْمِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : فَإِنْ كَفَلَ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ ، لَمْ تَصِحَّ الْكَفَالَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَقْتُ يَسْتَحِقُّ مُطَابَقَتَهُ فِيهِ ، وَهَكَذَا الضَّمَانُ . وَإِنْ جَعَلَهُ إِلَى الْحَصَادِ وَالْجِذَاذِ وَالْعَطَاءِ ، خُرِّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ ، كَالْأَجَلِ فِي الْبَيْعِ . وَالْأَوَّلَى صِحَّتُهُ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ جَعَلَ لَهُ أَجَلًا لَا يَمْنَعُ مِنْ حُصُولِ الْمَقْصُودِ مِنْهُ ، فَصَحَّ ، كَالْتَّذَرِ . [٧٦/٤ ظ] وَهَكَذَا كُلُّ مَجْهُولٍ لَا يَمْنَعُ مَقْصُودَ الْكَفَالَةِ . وَقَدْ رَوَى مُهَنَّا عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ كَفَلَ رَجُلًا فَقَالَ : إِنْ جِئْتُ بِهِ فِي وَقْتٍ كَذَا ، وَإِلَّا فَمَا عَلَيْهِ عَلَيَّ . فَقَالَ : لَا أَذْرِي ، وَلَكِنْ إِنْ قَالَ : سَاعَةً كَذَا . لَزِمَهُ . فَتَصَّ عَلَى تَعْيِينِ السَّاعَةِ ،

فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا إِذَا تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ مَعَ بَقَائِهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا .

الإنصاف

وَإِذَا طَالَِبَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولَ بِهِ بِالْحُضُورِ مَعَهُ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ أَوْ طَالِبُهُ صَاحِبُ الْحَقِّ بِإِحْضَارِهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

وَتَوَقَّفَ عَنْ تَعْيِينِ الْوَقْتِ ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ وَقْتًا مُتَّسِعًا ، أَوْ وَقْتًا شَيْءٌ يَخْدُثُ ، مِثْلَ وَقْتِ الْحَصَادِ ، وَنَحْوِهِ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : وَقْتُ طُلُوعِ الشَّمْسِ . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، صَحَّ . فَإِنْ قَالَ : إِلَى الْعَدْرِ . أَوْ : إِلَى شَهْرِ كَذَا . تَعَلَّقَ بِأَوَّلِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي السَّلَمِ . فَإِنْ تَكَفَّلَ بِرَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ ، إِنْ جَاءَ بِهِ فِيهِ ، وَإِلَّا لَزِمَهُ مَا عَلَيْهِ ، صَحَّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ الْكَفَالَةُ ، وَلَا يَلْزِمُهُ مَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا تَعْلِيقُ الضَّمَانِ بِخَطَرٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ عَلَّقَهُ بِقُدُومِ زَيْدٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُوجِبُ الْكَفَالَةِ وَمُقْتَضَاهَا ، فَصَحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ جِئْتُ بِهِ فِي وَقْتٍ كَذَا ، وَإِلَّا فَلَكَ حَبْسِي . وَمَبْنَى^(١) الْخِلَافِ هُنَا عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ هَذَا مُقْتَضَى الْكَفَالَةِ ، وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَيْهِ .

١٨٥٣ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِذَا طَالَِبَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولَ بِهِ بِالْحُضُورِ مَعَهُ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ أَوْ طَالِبُهُ صَاحِبُ الْحَقِّ بِإِحْضَارِهِ ، وَإِلَّا فَلَا) إِذَا كَفَّلَ رَجُلًا بِإِذْنِهِ ، فَأَرَادَ إِحْضَارَهُ ؛ لِيُسَلِّمَهُ إِلَى الْمَكْفُولِ لَهُ ، لَزِمَهُ الْحُضُورُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ شَغَلَ ذِمَّتَهُ مِنْ أَجَلِهِ بِإِذْنِهِ ، فَلَزِمَهُ تَخْلِيصُهَا ،

قَوْلُهُ : وَإِذَا طَالَِبَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولَ بِهِ بِالْحُضُورِ مَعَهُ^(٢) لَزِمَهُ ذَلِكَ ، إِنْ كَانَتْ الْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ ، أَوْ طَالِبُهُ صَاحِبُ الْحَقِّ بِإِحْضَارِهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِيهِمَا ،

(١) بَعْدَهُ فِي م : وَهَذَا .

(٢) فِي النِّسْخِ : مَدَّةٌ .

الشرح الكبير

كما لو استعار عبده فرهته بإذنه ، فإن عليه تخليصه إذا طلبه سيده . وإن كانت بغير إذنه ، فإن طلبه المكفول له لزمه الحضور ؛ لأن حضوره حق للمكفول له ، وقد استتاب الكفيل في ذلك . وإن لم يطلبه المكفول له ، لم يلزمه الحضور ؛ لأنه لم يشغل ذمته ، وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه ، فلم يجر أن يثبت له بذلك حق على غيره . وإن قال له المكفول له : أحضر كفيلك . كان توكيلاً في إحضاره ، ولزمه أن يحضر معه ، كالوكل غيره . وإن قال : اخرج من كفالتك . احتمل أن يكون توكيلاً في إحضاره ، كاللفظ الأول ، واحتمل أن يكون مطالبة بالدين الذي عليه ، فلا يكون توكيلاً ، ولا يلزمه الحضور معه .

فصل : وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان . أو : اكفل بفلان . ففعل ، كان الضمان والكفالة لازمين للمباشرة دون الأمر ؛ لأنه كفل باختيار نفسه ، وإنما الأمر إرشاد وحث على فعل خير ، فلا يلزمه به شيء .

فصل : ولو قال : أعط فلاناً ألفاً . ففعل ، لم يرجع على الأمر ، ولم

وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » ، و « المغني » ، و « الشرح » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : لا يلزمه الحضور إلا إذا كانت الكفالة بإذنه ، فطالبه المكفول له بحضوره .

فائدة : حيث أدى الكفيل مالزمه ، ثم قدر على المكفول به ، فقال في « الفروع » : ظاهر كلامهم ، أنه في رجوعه عليه كالضامن ، وأنه لا يسلمه إلى المكفول له ، ثم يسترد ما أداه ، بخلاف معصوب تعدر إحضاره مع بقائه ؛ لامتناع

وإذا كفل اثنان برجلٍ ، فسَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَبْرَأَ الْآخَرُ . المقنع

يَكُنْ ذَلِكَ كِفَالَةً وَلَا ضَمَانًا ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : أَعْطِهِ عَنِّي . وقال أبو حنيفة : الشرح الكبير
يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ خَلِيطًا لَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ : أَعْطِهِ عَنِّي . فلم يَلْزَمْهُ
الضَّمَانُ ، كما لو لم يَكُنْ خَلِيطًا . ولا يَلْزَمُ إِذَا كَانَ [٧٧/٤] له عليه مالٌ ،
فقال : أَعْطِهِ فَلَانًا . حيثُ يَلْزَمُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ لِأَجْلِ هَذَا الْقَوْلِ ، بل
لَأَنَّ عَلَيْهِ حَقًّا يَلْزَمُهُ أَداؤُهُ .

فصل : ولو تكفل اثنان بواحدٍ ، صَحَّ ، وَأَيُّهُمْ قَضَى الدَّيْنَ ، بَرِيَ
الْآخَرُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الضَّمَانِ . وَإِنْ سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ، بَرِيَ
كَفِيلَاهُ . وَإِنْ أَحْضَرَهُ أَحَدُ الْكَفِيلَيْنِ ، لَمْ يَبْرَأَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ إِحْدَى الْوَثِيقَتَيْنِ
انْحَلَّتْ مِنْ غَيْرِ اسْتِيفَاءٍ ، فلم تَنْحَلْ الْأُخْرَى ، كما لو أُبْرَأَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ انْفَكَّ
أَحَدُ الرَّهْنَيْنِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءِ الْحَقِّ ، بخلافِ مَا إِذَا سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ؛
لَأَنَّهُ أَصْلٌ لهُمَا ، فَإِذَا بَرِيَ الْأَصْلُ مِمَّا تَكَفَّلَ بِهِ عَنْهُ ، بَرِيَ كَفِيلَاهُ ؛ لِأَنَّهُمَا
فَرَعَاهُ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْكَفِيلَيْنِ لَيْسَ بِفَرَعٍ لِلْآخَرِ ، فلم يَبْرَأَ بِإِبرائِهِ .
وَكَذَلِكَ لَوْ أُبْرَأَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، بَرِيَ كَفِيلَاهُ . وَلَوْ أُبْرِيَ أَحَدُ الْكَفِيلَيْنِ وَخَذَهُ
لَمْ يَبْرَأَ الْآخَرُ .

الإنصاف يَبْعُهُ ^(١) .

قوله : وإذا كفل اثنان برجلٍ ، فسَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَبْرَأَ الْآخَرُ . هذا المذهبُ ،
وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْوَجِيز » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ »

(١) بياض في : الأصل ، ط .

وَأِنْ كَفَلَ وَاحِدًا لِاثْنَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْآخَرِ .
المقنع

الشرح الكبير
١٨٥٤ - مسألة : (ولو تَكَفَّلَ وَاحِدٌ لِاثْنَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا) أَوْ
أَحْضَرَهُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا (لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْآخَرِ) لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ بِمَنْزِلَةِ
عَقْدَيْنِ ، فَقَدْ التَزَّمَ إِحْضَارَهُ عِنْدَ^(١) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِذَا أَحْضَرَهُ عِنْدَ
أَحَدِهِمَا ، بَرِئَ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي عَقْدَيْنِ ، وَكَمَا لَوْ ضَمِنَ دَيْنًا
لرَجُلَيْنِ^(٢) ، فَوَفَّى أَحَدَهُمَا حَقَّهُ .

فصل : وإذا كانتِ السَّفِينَةُ فِي الْبَحْرِ ، وَفِيهَا مَتَاعٌ ، فَخِيفَ غَرَقُهَا ،

وغيره . قال في « القَوَاعِدِ » : أَشْهَرُ الْوَجْهَيْنِ ، لَا يَبْرَأُ . وَقِيلَ : يَبْرَأُ الْآخَرُ . وَهُوَ
اِحْتِمَالٌ فِي « الْكَافِي » . وَنَصَرَهُ الْأَرْجِيُّ فِي « نِهَائِيَّتِهِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ السَّامَرِيِّ
فِي « فُرُوقِهِ » . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِيدِهِ » ، وَقَالَ : وَالْأَطْهَرُ أَنَّهُمَا إِنْ كَفَلَا
كَفَالَةَ اشْتِرَاكِ ؛ مِثْلُ أَنْ يَقُولَا : كَفَلْنَا لَكَ زَيْدًا ، نُسَلِّمُهُ إِلَيْكَ . فَإِذَا سَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا ،
بَرِئَ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ الْمُتَزَمَّ وَاحِدٌ ، فَهُوَ كَأَدَاءِ أَحَدِ الضَّامِنَيْنِ لِلْمَالِ . وَإِنْ
كَفَلَا كَفَالَةَ انْفِرَادٍ وَاشْتِرَاكِ ؛ بَأَنَّ قَالَا : كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا كَفِيلٌ لَكَ بِزَيْدٍ . وَكُلُّ وَاحِدٍ
مُتَزَمٌّ لَهُ إِحْضَارُهُ ، فَلَا يَبْرَأُ بَدُونَهُ ، مَا دَامَ الْحَقُّ بَاقِيًا عَلَى الْمَكْفُولِ بِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ
كَفَلَا فِي عَقْدَيْنِ مُتَفَرِّقَيْنِ . وَهَذَا قِيَاسُ قَوْلِ الْقَاضِي ، فِي ضَمَانِ الرَّجُلَيْنِ الدَّيْنِ .
فائدة : لو سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ ، بَرِئَ الْاِثْنَانِ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ [١٢٥/٢ ظ]
مَا إِذَا سَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا .

قوله : وَإِنْ كَفَلَ وَاحِدًا لِاثْنَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْآخَرِ . بِلَا نِزَاعٍ .

(١) فِي م : عَنْ ه .

(٢) فِي الْأَصْلِ : لِرَجُلٍ ه .

فَأَلْقَى بَعْضُ مَنْ فِيهَا مَتَاعَهُ فِي الْبَحْرِ لَتَخِفَّ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ، سِوَاءِ
أَلْقَاهُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ أَوْ مُتَبَرِّعًا ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ نَفْسِهِ بِاخْتِيَارِهِ مِنْ غَيْرِ
ضَمَانٍ . وَإِنْ قَالَ لَهُ بَعْضُهُمْ : أَلْقِ مَتَاعَكَ . فَأَلْقَاهُ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
يُكْرِهْهُ ، وَلَا ضَمِنَ لَهُ . فَإِنْ قَالَ : أَلْقِهِ ، وَعَلَى ضَمَانِهِ . فَأَلْقَاهُ ، فَعَلَى
الْقَائِلِ الضَّمَانُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ مَا لَمْ يَجِبْ صَحِيحٌ . وَإِنْ
قَالَ : أَلْقِهِ ، وَأَنَا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَمَنَاءُ لَهُ . ففَعَلَ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ :
يَضْمَنُهُ الْقَائِلُ وَحْدَهُ ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ بَقِيَّتِهِمْ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ ضَمَانُ
اشْتِرَاكِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا ضَمَانُ حِصَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ الْجَمِيعَ ، إِنَّمَا ضَمِنَ
حِصَّتَهُ ، وَأَخْبَرَ عَنْ سَائِرِ رُكْبَانِ السَّفِينَةِ بِضَمَانِ سَائِرِهِ ، فَلَزِمَ حِصَّتَهُ ،
وَلَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ فِي حَقِّ الْبَاقِينَ . وَإِنْ كَانَ ضَمَانُ اشْتِرَاكِ وَانْفِرَادٍ ، بِأَنْ يَقُولَ :
كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا ضَامِنٌ لَكَ مَتَاعَكَ أَوْ قِيمَتَهُ . لَزِمَ الْقَائِلُ ضَمَانُ الْجَمِيعِ ،
وَسِوَاءِ قَالِ هَذَا وَالْبَاقُونَ يَسْمَعُونَ فَسَكَتُوا ، أَوْ قَالُوا : لَا نَفْعُ . أَوْ لَمْ
يَسْمَعُوا ؛ لِأَنَّ سُكُوتَهُمْ لَا يَلْزِمُهُمْ بِهِ حَقٌّ .

فصل : قال مُهَنَّأ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ ، عَنْ رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، يَصِحُّ^(١) أَنْ يَكْفُلَ الْكَفِيلُ كَفِيلًا آخَرَ ، فَإِنْ بَرِيَ الْأَوَّلُ ،
بَرِيَ الْآخَرُ ، وَلَا عَكْسَ . وَإِنْ كَفَلَ الثَّانِي ثَالِثًا ، بَرِيَ بَرَاءَةُ الثَّانِي وَالْأَوَّلِ ، وَلَا
عَكْسَ . فَلَوْ كَفَلَ اثْنَانِ وَاحِدًا ، وَكَفَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلًا آخَرَ ، فَأَخْضَرَهُ
أَحَدُهُمَا ، بَرِيَ هُوَ وَمَنْ تَكْفَّلَ بِهِ ، وَبَقِيَ الْآخَرُ وَمَنْ كَفَلَ بِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ ضَمِنَ
اثْنَانِ دَيْنَ رَجُلٍ لَعَرِيْمِهِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : أَنَا ضَامِنٌ لَكَ

(١) سقط من : الأصل ، ط .

فَأَقَامَ بِهَا كَفِيلَيْنِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ ، فَأَيُّهُمَا شَاءَ أَخَذَهُ بِحَقِّهِ ،
فَأَحَالَ رَبُّ الْمَالِ عَلَيْهِ رَجُلًا بِحَقِّهِ ؟ فَقَالَ : يَبْرَأُ الْكَفِيلَانِ . قُلْتُ ^(١) :
فَإِنْ مَاتَ الَّذِي أَحَالَهُ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ وَلَمْ يَتْرُكْ شَيْئًا ؟ قَالَ : لَا شَيْءَ لَهُ ، وَيَذْهَبُ
الْأَلْفُ .

الْأَلْفَ . أَوْ يُطْلَقَ ؛ فَإِنْ قَالَا : كُلُّ وَاحِدٍ مِّنَّا ضَامِنٌ لَكَ الْأَلْفَ . فَهُوَ ضَمَانُ اشْتِرَاكِ
فِي انْفِرَادٍ ، فَلَهُ مُطَابَقَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْأَلْفِ إِنْ شَاءَ ، وَلَهُ مُطَابَقَتُهُمَا ، وَإِنْ قَضَاهُ
أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَرْجَعْ ^(٢) إِلَّا عَلَى ^(٣) الْمَضْمُونِ عَنْهُ . وَإِنْ أَطْلَقَا الضَّمَانَ ؛ بَأَنْ قَالَا :
ضَمِنَّا لَكَ . فَهُوَ بَيْنَهُمَا بِالْحِصَصِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِحِصَّتِهِ . وَهَذَا
الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ،
وَالْمُصَنَّفِ ، وَقَطَعَ بِهِ الشَّارِحُ . وَقِيلَ : كُلُّ وَاحِدٍ ضَامِنٌ لِلْجَمِيعِ ، كَالأَوَّلِ .
نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ^(٣) فِي رِوَايَةِ مُهَنَّأ . وَكَذَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » . وَذَكَرَ ابْنُ
عَقِيلٍ فِيهَا اخْتِمَالَيْنِ . وَأَطْلَقَ الْوَجْهَيْنِ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَبَنَاهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الصَّفْقَةَ
تَتَعَدَّدُ بَتَعَدُّدِ الضَّامِنَيْنِ ، فَيَصِيرُ الضَّمَانُ مُوزَعًا عَلَيْهِمَا . وَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ
الْمَضْمُونُ دَيْنًا مُتَسَاوِيًا عَلَى رَجُلَيْنِ ، فَهَلْ يُقَالُ : كُلُّ ^(٣) وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِنِصْفِ
الدَّيْنَيْنِ . أَوْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ لِأَحَدِهِمَا بَانْفِرَادِهِ ؟ إِذَا قُلْنَا : يَصِحُّ ضَمَانُ
الْمُبْتَهَمِ . يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ ، فِي « قَوَاعِدِهِ » . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ كَانَ عَلَى
اَثْنَيْنِ مِائَةٌ لَا آخَرَ ، فَضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ ، فَقَضَاهُ أَحَدُهُمَا نِصْفَ الْمِائَةِ ،

(١) فِي م : « قَالَ » .

(٢ - ٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « إِلَى أَعْلَى » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ط .

أو أبرأه منه ، ولا نيّة ، فقيل : ^(١) « إن شاء صرفه إلى الذي عليه بالأصالة ، و ^(٢) إن شاء صرفه إلى الذي عليه بطريق الضمان . قلت : وهو أولى . وقد تقدّم ما يُشبه ذلك في الرهن ، بعد قوله : وإن رهنه رجلان شيئاً ، فوفاه أحدهما . وقيل : يكون بينهما نصفين . وأطلقهما في « الفروع » . الرابعة ، لو أحال عليهما ليقبض من أيّهما شاء ، صح . على الصحيح من المذهب . وذكر ابن الجوزي وجهها ، لا يصح ، كحوائثه على اثنين له ، على كل ^(٣) واحدٍ منهما مائة . الخامسة ، لو أبرأ أحدهما من المائة ، بقى على الآخر خمسون أصالة . السادسة ، لو ضمن ثالث عن أحدهما المائة بأمره . وقضاها ، رجع على المضمون عنه بها . وهل له أن يرجع بها على الآخر ؟ فيه روايتان . وأطلقهما في « الفروع » . قلت : الذي يظهر ، أن له الرجوع عليه ؛ لأنه كضامن الضامن . السابعة ، لو ضمن معرفته ، أخذ به . نقله أبو طالب . الثامنة ، لو أحال رب الحق ، أو أجيل ^(٤) ، أو زال العقد ، برئ الكفيل ، وبطل الرهن ، ويثبت لوارثه . ذكره في « الانتصار » ، وذكر في « الرعاية الكبرى » ، في الصورة الأولى ، احتمال وجهين في بقاء الضمان . ونقل مهنّا فيها ، يبرأ ، وأنه إن عجز مكاتب ، رقب ، وسقط الضمان . وذكر القاضي ، أنه لو أقاله في سلم به رهن ، حبسه برأس ماله ، جعله أضلاً ، لحبس رهن بمهر المثل بالمتعة . التاسعة ، لو خيف من غرق السفينة ، فالقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف ، لم يرجع به على أحد ، سواء نوى الرجوع ، أو لا . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وقال في « الرعاية الكبرى » ، من عنده : ويحتمل

(١ - ١) سقط من : الأصل : ط .

(٢) زيادة من : أ .

(٣) في الأصل ، « أجل » .

أَنْ يَرْجِعَ إِذَا نَوَى الرَّجُوعَ . وما هو يَبْعِدُ . انتهى . وَيَجِبُ الْإِلْقَاءُ إِنْ خِيفَ تَلَفُ الرُّكَّابِ بِالْعَرَقِ ، ^(١) (ولو قال ^(١) بعضُ أهلِ السَّفِينَةِ : أَلْقِ مَتَاعَكَ . فَأَلْقَاهُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْآمِرِ . وَإِنْ قَالَ : أَلْقِهِ ، وَأَنَا ضَامِنُهُ . ضَمِنَ الْجَمِيعَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَمَنْ بَعْدَهُمَا . وَإِنْ قَالَ : وَأَنَا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَامِنُونَ . وَأُطْلِقَ ، ضَمِنَ وَحْدَهُ بِالْحِصَّةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ الْمُصَنِّفُ ، وَلَا الشَّارِحُ ، وَلَا الْحَارِثِيُّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَضْمَنُ الْقَائِلُ وَحْدَهُ ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ بِقِيَّتِهِمْ ^(٢) . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ ضَمَانَ اشْتِرَاكِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا ضَمَانُ حِصَّتِهِ ، وَإِنْ كَانَ ضَمَانَ اشْتِرَاكِ وَانْفِرَادٍ ، بَأَنْ يَقُولَ : كُلُّ وَاحِدٍ مِّنَّا ضَامِنٌ لَكَ مَتَاعَكَ ، أَوْ قِيَمَتَهُ . ضَمِنَ الْقَائِلُ ضَمَانَ الْجَمِيعِ ، سِوَاءَ كَانُوا يَسْمَعُونَ قَوْلَهُ ، فَسَكَتُوا ، أَوْ لَمْ يَسْمَعُوا . انتهى . قَالَ الْحَارِثِيُّ ، فِي آخِرِ الْعُضْبِ : وَهُوَ الْحَقُّ ، وَإِنْ رَضُوا ^(٣) (بِمَا قَالَ ^(٣) ، لَزِمَهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ الْوَجْهَانِ . وَإِنْ قَالُوا : ضَمِنَّا لَكَ . ضَمِنُوا بِالْحِصَّةِ . وَإِنْ قَالُوا ^(٤) : كُلُّ وَاحِدٍ مِّنَّا ضَامِنُهُ . ضَمِنَ الْجَمِيعُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَمَنْ بَعْدَهُمَا . وَكَذَا الْحُكْمُ فِي ضَمَانِهِمْ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدِّينِ . [٢٦٦/٢] وَيَأْتِي فِي آخِرِ الْعُضْبِ بَعْضُ هَذَا ، وَمَسَائِلُ تَتَعَلَّقُ بِهَذَا ، فَلْيُرَاجَعْ . الْعَاشِرَةُ ، لَوْ قَالَ لَزَيْدٌ : طَلَّقَ زَوْجَتَكَ ، وَعَلَى أَلْفٍ ، أَوْ مَهْرُهَا . لَزِمَهُ ذَلِكَ بِالطَّلَاقِ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » . وَقَالَ أَيْضًا : لَوْ قَالَ : بَغِ عَبْدَكَ مِنْ زَيْدٍ بِمِائَةٍ ، وَعَلَى مِائَةٍ أُخْرَى . لَمْ يَلْزِمْهُ شَيْءٌ . وَفِيهِ اخْتِمَالٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَقَالَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « بِقِيَّتِهِمْ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « بِمَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ط : « قَالَ » .

بَابُ الْحَوَالَةِ

الشرح الكبير

بَابُ الْحَوَالَةِ

الْحَوَالَةُ ثَابِتَةٌ بِالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ . أَمَّا السُّنَّةُ ، فَمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ ، وَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِلْيَةٍ فَلْيَتَّبِعْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَفِي لَفْظٍ : « وَمَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مِلْيَةٍ فَلْيَحْتَلْ » ^(٢) . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى جَوَازِ الْحَوَالَةِ فِي الْجُمْلَةِ . وَاشْتِقَاقُهَا مِنْ تَحْوِيلِ الْحَقِّ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ . وَقَدْ قِيلَ : إِنَّهَا بَيِّنَةٌ . فَإِنَّ الْمُحِيلَ يَشْتَرِي مَا فِي ذِمَّتِهِ بِمَا لَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَجَازَ تَأْخِيرُ الْقَبْضِ رُخْصَةً ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الرَّفْقِ ، فَيَدْخُلُهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ ؛ لِذَلِكَ ^(٣) . وَالصَّحِيحُ

الإنصاف

بَابُ الْحَوَالَةِ

- (١) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة ، وباب إذا أحال على ملى فليس له رد ، من كتاب الحوالات ، وفى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ١٢٣/٣ ، ١٥٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى المطل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مطل الغنى أنه ظلم ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٤/٦ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ ، ٢٧٩ . وابن ماجه ، فى : باب الحوالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ . والدارمى ، فى : باب فى مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الدين والحوال ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧١/٢ ، ٢٤٥ ، ٢٥٤ ، ٢٦٠ ، ٣١٥ ، ٣٧٧ ، ٣٨٠ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ .
- (٢) هذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٦٣/٢ .
- (٣) فى ق : « كذلك » .

وَالْحَوَالَةُ تَنْقُلُ الْحَقَّ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ،
فَلَا يَمْلِكُ الْمُحْتَالُ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ بِحَالٍ .

أَنَّهَا عَقْدُ إِزْفَاقٍ مُتَفَرِّدٌ بِنَفْسِهِ ، لَيْسَ بِمَحْمُولٍ عَلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ
بَيْعًا لَمَا جَازَتْ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ ذَيْنِ بَدَيْنِ ، وَلَمَّا جَازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛
لَأَنَّهُ بَيْعُ مَالٍ الرِّبَا بِجِنْسِهِ ، وَلَجَازَتْ بِلَفْظِ الْبَيْعِ ، وَلَجَازَتْ بَيْنَ جِنْسَيْنِ ،
كَالْبَيْعِ ، وَلَآنَ لَفْظُهَا يُشْعِرُ بِالتَّحْوِيلِ لَا بِالْبَيْعِ . فَعَلَى هَذَا ، لَا يَدْخُلُهَا
خِيَارٌ ، وَتَلَزُمُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ . وَهَذَا أَشْبَهُ بِكَلَامِ أَحْمَدَ وَأُصُولِهِ ، وَلَا بَدَّ
فِيهَا مِنْ مُحِيلٍ وَمُحْتَالٍ وَمُحَالٍ عَلَيْهِ .

١٨٥٥ - مسألة : (وَالْحَوَالَةُ تَنْقُلُ الْحَقَّ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ
الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَمْلِكُ الْمُحْتَالُ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ بِحَالٍ) إِذَا صَحَّتِ
الْحَوَالَةُ ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمُحِيلِ ، وَانْتَقَلَ الْحَقُّ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فِي
قَوْلٍ عَامَّةٍ أَهْلُ الْعِلْمِ . وَرَوَى عَنِ الْحَسَنِ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى الْحَوَالَةَ بَرَاءَةً

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : ^(١) « هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ
تَحْوِيلِ الْحَقِّ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ^(٢) : هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ
التَّحْوِيلِ ؛ لِأَنَّهَا تَحْوِيلُ الْحَقِّ وَتَنْقُلُهُ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ . وَالظَّاهِرُ ، أَنَّ الْمَعْنَى وَاحِدٌ ؛
فَإِنَّ التَّحْوِيلَ مُطَاوِعٌ لِلتَّحْوِيلِ ، يُقَالُ : حَوَّلْتُهُ فَتَحَوَّلَ . الثَّانِيَةُ ^(٣) ، الْحَوَالَةُ عَقْدُ
إِزْفَاقٍ ؛ تَنْقُلُ الْحَقَّ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ ^(٣) عَلَيْهِ ، وَلَيْسَتْ بَيْعًا . عَلَى

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) في ط : « المحيل » .

(٣) في ط : « المال » .

إِلَّا أَنْ يُبَرِّئَهُ . وَعَنْ زُفَرٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تَنْقُلِ الْحَقَّ . وَأَجْرَاهَا مُجَرَّى الضَّمَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْحَوَالَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ تَحْوِيلِ الْحَقِّ ، بِخِلَافِ الضَّمَانِ ، فَإِنَّهُ مُشْتَقٌّ مِنْ ضَمٍّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ ، فَعُلِقَ عَلَى كُلِّ^(١) وَاحِدٍ مُقْتَضَاهُ وَمَا دَلَّ عَلَيْهِ لَفْظُهُ . إِذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَمَتَى رَضِيَ بِهَا الْمُحْتَالُ وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْيَسَارَ ، لَمْ يَعُدِ الْحَقُّ إِلَى الْمُحِيلِ أَبَدًا ، سَوَاءً أَمَكَّنَ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ ، أَوْ تَعَذَّرَ لِمَطْلٍ أَوْ فَلَاسٍ أَوْ مَوْتٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَبِهِ قَالَ اللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ شَرِيحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ : مَتَى أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ ، رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي حَالَيْنِ ؛ إِذَا مَاتَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا ، وَإِذَا جَحَدَهُ وَحَلَفَ عَلَيْهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ ، وَإِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ لِفَلَاسٍ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عُثْمَانَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّهِ ،

الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ لَجَوَازِهَا بَيْنَ الدَّيْنَيْنِ الْمُتَسَاوَيْنِ جِنْسًا وَصِفَةً ، وَالتَّفَرُّقِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَاخْتِصَاصِهَا بِجِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَاسْمٍ خَاصٍّ ، وَلِزُومِهَا . وَلَا هِيَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ ؛ لِعَدَمِ الْعَيْنِ فِيهَا . وَهَذَا الصَّوَابُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَهُوَ أَشْبَهُ بِكَلَامِ أَحْمَدَ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّلَاثَةِ وَالْعِشْرِينَ » : الْحَوَالَةُ ، هِيَ نَقْلٌ لِلْحَقِّ ، أَوْ تَقْيِيزٌ ؟ فِيهِ خِلَافٌ . وَقَدْ قِيلَ : إِنَّهَا بَيْعٌ ؛ فَإِنَّ الْمُحِيلَ^(٢) يَشْتَرِي مَا فِي ذِمَّتِهِ بِمَا فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَجَازَ تَأْخِيرُ الْقَبْضِ رُخْصَةً ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الرُّفْقِ . فَيَدْخُلُهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ . وَاعْلَمْ أَنَّ الْحَوَالَةَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ط : « البيع » ، وفي الأصل : « المستبيع » .

فماتَ المُحالُ عليه مُفْلِسًا . فقال : يَرْجِعُ بِحَقِّهِ ^(١) ، لا تَوَى ^(٢) على مالٍ امرئٍ مُسْلِمٍ ^(٣) . ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ [٧٨/٤] لم يُسَلِّمْ العَوَضُ فيه لأَحَدٍ المُتَعَاوِضِينَ ، فكان له الفَسْخُ ، كما لو اغْتَاضَ بثَوْبٍ فلم يُسَلِّمْ إليه . ولنا ، أنَّ حَزَنًا جَدُّ سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، كان له على عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، دَيْنٌ ، فأَحَالَهُ به ، فماتَ المُحالُ عليه ، فأخْبَرَهُ ، فقال : اخْتَرْتَ عَلَيْنَا ، أَبْعَدَكَ اللهُ . فأَبْعَدَهُ بِمُجَرَّدِ اخْتِيَالِهِ ، ولم يُخْبِرْهُ أَنَّ له الرُّجُوعَ . ولأنَّها بَرَاءَةٌ مِنْ دَيْنٍ ليس فيها قَبْضٌ مِمَّنْ هي عليه ، ولا مِمَّنْ يَدْفَعُ عنه ، فلم يَكُنْ فيها رُجُوعٌ ، كما لو أَبْرَأَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، وَحَدِيثُ عُثْمَانَ لم يَصِحَّ ، يَرْوِيهِ خُلَيْدٌ ^(٤) بَنُ جَعْفَرٍ ، عن مُعَاوِيَةَ بْنِ قُرَّةَ ، عن عُثْمَانَ ، ولم يَصِحَّ سَمَاعُهُ منه ^(٥) . وقد رَوَى أَنَّهُ قال : في حَوَالَةِ أَوْ كِفَالَةٍ . وهذا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ، ولو صَحَّ ، كان قولُ عليٍّ مُخَالَفًا له . وَقَوْلُهُمْ : هو مُعَاوَضَةٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضَى إلى يَبِيعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ، وهو مَنْهِيٌّ عنه . ويُفَارِقُ المُعَاوَضَةَ بِالثَّوْبِ ؛ لأنَّ في ذلك قَبْضًا يَقِفُ اسْتِقْرَارُ العَقْدِ عليه ، وههنا الحَوَالَةُ بِمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، وإلَّا كان يَبِيعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

تُشْبِهُ المُعَاوَضَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا دَيْنٌ بِدَيْنٍ . وَتُشْبِهُ الاسْتِيفَاءَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَرَى

(١) بعده في م : لأنه .

(٢) التوى : الهلاك .

(٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : لا يرجع على الغيل لاتوى على مال مسلم ، من كتاب الحوالة . السنن الكبرى ٧١/٦ .

(٤) في الأصل ، م : « خلد » . وفي ق ، ر ، ١ : « خالد » . وهو خليلد بن جعفر بن طريف أبو سليمان البصري . تهذيب الكمال ٣٠٤/٨ .

(٥) سقط من : م .

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ يُحِيلَ عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقَرٍّ ، ^{المقنع} فَإِنْ أَحَالَ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ السَّلَمِ ، أَوْ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ ، أَوْ الزَّوْجُ أَمْرَأَتَهُ ، صَحَّ .

١٨٥٦ - مسألة : (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُحِيلَ عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقَرٍّ ، فَإِنْ أَحَالَ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ السَّلَمِ) قَبْلَ قَبْضِهِ (أَوْ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ ، أَوْ الزَّوْجُ أَمْرَأَتَهُ ، صَحَّ) لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ عَلَى دَيْنٍ غَيْرِ مُسْتَقَرٍّ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَاهَا إلْزَامَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ الدَّيْنِ مُطْلَقًا ، وَلَا يَثْبُتُ ذَلِكَ فِيمَا هُوَ بَعْرَضِ السَّقُوطِ . وَلَا يُعْتَبَرُ أَنْ يُحِيلَ بِدَيْنٍ مُسْتَقَرٍّ ، إِلَّا أَنْ السَّلَمَ لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِهِ وَلَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ دَيْنَ السَّلَمِ لَيْسَ بِمُسْتَقَرٍّ ، لِكَوْنِهِ مُتَعَرِّضًا لِلْفَسْخِ بِانْقِطَاعِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَلَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَصِحُّ إِلَّا فِيمَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ

المُحِيلِ ، وَيَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ إِذَا أَحَالَ بِالْثَمَنِ ، وَلْتَرَدُّهَا بَيْنَ ذَلِكَ ، أَلْحَقَهَا بِعَظْمِ الْأَصْحَابِ بِالْمُعَاوَضَةِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، وَأَلْحَقَهَا بِعَظْمِهِم بِالِاسْتِيفَاءِ . الثَّالِثَةُ ، نَقْلُ مُهْنًا ، فِي مَنْ بَعَثَ رَجُلًا إِلَى رَجُلٍ لَهُ عِنْدَهُ مَالٌ ، فَقَالَ : خُذْ مِنْهُ دِينَارًا . ^(١) فَأَخَذَ مِنْهُ أَكْثَرَ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُرْسِلِ ؛ لِتَغْرِيرِهِ ، وَيَرْجِعُ هُوَ عَلَى الرَّسُولِ . ذَكَرَهُ ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِيدِهِ » .

قوله : وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ يُحِيلَ عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقَرٍّ ، فَإِنْ أَحَالَ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوْ السَّلَمِ ، أَوْ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ - وَكَذَا لَوْ أَحَالَ عَلَى الْأَجْرَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ - لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ ، أَوْ الزَّوْجُ أَمْرَأَتَهُ ، صَحَّ .

(١ - ١) فِي ط : « فَالْتَرَم » .

عنه ، ولا يجوز ذلك في السَّلم ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَضُرُّهُ إِلَى غَيْرِهِ » ^(١) . فلا تصحُّ الحوالة على المُكاتبِ بمالِ الكتابة ؛ لأنه غير مُستَقَرٍّ ؛ لأنَّ له أن يَمْتَنِعَ مِنْ أَدَائِهِ ، وَيَسْقُطُ بَعْجُزُهُ . وَتَصِحُّ الحوالة عليه بدينٍ غير دينِ الكتابة ؛ لأنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْأَخْرَارِ فِي الْمُدَايِنَاتِ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتِبُ سَيِّدَهُ بِنَجْمٍ قَدْ حَلَّ عَلَيْهِ ، صَحَّ ، وَبَرَّتْ ذِمَّةُ الْمُكَاتِبِ بِالْحَوَالَةِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ . وَإِنْ أَحَالَتِ الْمَرْأَةُ عَلَى زَوْجِهَا بِصَدَاقِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، يَحْتَمِلُ أَنْ يَسْقُطَ بِانْفِسَاخِ النِّكَاحِ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا . وَإِنْ أَحَالَهَا الزَّوْجُ بِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَسْلِيمَهُ إِلَيْهَا ، وَحَوَالَتَهُ بِهِ تَقَوْمُ مَقَامَ تَسْلِيمِهِ . فَإِنْ أَحَالَتْ بِهِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَقَرٌّ . وَإِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ عَلَى [٧٨/٤ ظ] الْمُشْتَرَى فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يَصِحَّ ، فِي قِيَاسِ مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرَى بِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَفَاءِ ،

وكذا لو أحَالَ بِالْأَجْرَةِ . اَعْلَمْ أَنَّ الْحَوَالََةَ تَارَةٌ تَكُونُ عَلَى مَالٍ ، وَتَارَةٌ تَكُونُ بِمَالٍ ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْحَوَالََةُ عَلَى مَالٍ ، فَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُسْتَقَرًّا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقِيلَ : تَصِحُّ الْحَوَالَةُ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ بَعْدَ حُلُولِهِ . وَفِي طَرِيقَةِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ مُنْزَلٌ مُنْزَلَةُ الْمَوْجُودِ ^(٢) ؛ لِصِحَّةِ الْإِبْرَاءِ مِنْهُ ، وَالْحَوَالَةُ عَلَيْهِ وَبِهِ . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ : لَا يَظْهَرُ لِي مَنَعُ الْحَوَالَةِ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ . وَظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي

(١) تقدم تخريجه في ٢٥١/١٢ .

(٢) في ط : « الوجود » .

«وله الوفاء» قبل الاستقرار . وإن أحال البائع بالثمن على المشتري ، ثم ظهر على عيب ، لم يتبين أن الحوالة كانت باطلة ؛ لأن الثمن كان ثابتاً مستقراً ، والبيع كان لازماً ، وإنما ثبت الجواز^(١) بعد العلم بالعيب بالنسبة إلى المشتري . ويحتمل أن تبطل الحوالة ؛ لأن سبب الجواز عيب المبيع ، وقد كان موجوداً وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ، ثم سقط الدين ، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع ، فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تبطل الحوالة ؛ لعدم الفائدة في بقائها ، ويرجع المحيل بدنيه على المحال عليه . والثاني ، لا تبطل ؛

«المحرر» ، صحة الحوالة على المهر قبل الدخول ، وعلى الأجرة بالعقد . وإن كانت الحوالة بمال ، لم يشترط استقراره ، وتصح الحوالة به . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماعة من الأصحاب . وجزم به في «الوجيز» ، و«الكافي» ، و«تجريد العناية» ، وغيرهم . وقدمه في «الفروع» ، و«الزركشي» . وجزم به في «المحرر» ، في مال الكتابة . وقدمه في غيره . واختاره القاضي ، وابن عقيل في مال الكتابة ، ذكره في «التلخيص» ، على ما يأتي . وقيل : يشترط كون المحال به مستقراً ، كالمحال عليه . اختاره القاضي في «المجرد» . وجزم به الحلواني . قال في «الهداية» ، و«المذهب» ، و«مسبوك الذهب» ، و«المستوعب» ، و«الخلاصة» : يشترط لصحتها أن تكون بدنين مستقرين ، وعلى دين مستقر . قال في «الحاوئين» : لا تصح إلا بدنين معلومين ، يصح السلم

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : «الحوالة» .

الشرح الكبير
لأنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ عَنِ الْمُحِيلِ ، فلم يَعُدْ إِلَيْهِ ، وَثَبَّتَ لِلْمُحْتَالِ ، فلم يَزُلْ عنه ، ولأنَّ الْحَوَالَةَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبْضِ ، فكأنَّ الْمُحِيلَ أَقْبَضَ الْمُحْتَالَ

الإيناف فيه ، مُسْتَقَرٌّ عَلَى مُسْتَقَرٍّ . قال في « الرَّعَايَتَيْنِ » : إِنَّمَا تَصِحُّ بِدَيْنٍ مَعْلُومٍ يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ ، مُسْتَقَرٌّ فِي الْأَشْهَرِ ، عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقَرٍّ . قال في « الْفَائِقِ » : وَتَخْصُ صِحَّتُهَا بِدَيْنٍ يَصِحُّ فِيهِ السَّلَمُ ، وَيُشْتَرَطُ اسْتِقْرَارُهُ ، فِي أَصْحُ الْوَجْهَيْنِ ، عَلَى مُسْتَقَرٍّ . قال في « التَّلْخِصِ » : فلا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِغَيْرِ مُسْتَقَرٍّ ، وَلَا عَلَى (١) غَيْرِ مُسْتَقَرٍّ . فلا تَصِحُّ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَلَا فِي الْأَجْرَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ، وَلَا فِي الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ . وكذلك دَيْنُ الْكِتَابَةِ ، عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ . وقال القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ : تَصِحُّ حَوَالَةُ الْمُكَاتَبِ لِسَيِّدِهِ بِدَيْنِ الْكِتَابَةِ عَلَى مَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَيَبْرَأُ الْعَبْدُ وَيَعْتِقُ ، وَيَقَى الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَلْسَيِّدِ . انتهى . وأُطْلِقَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، الْوَجْهَيْنِ فِي الْحَوَالَةِ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، وَالْمَهْرِ ، وَالْأَجْرَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، فِي الْحَوَالَةِ بِدَيْنِ الْكِتَابَةِ ، وَالْمَهْرِ . وقال الزَّرْكَشِيُّ ، تَبَعًا لِصَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » : الدُّيُونُ أَرْبَعَةٌ أَقْسَامٌ ؛ دَيْنُ سَلَمٍ ، وَدَيْنُ كِتَابَةٍ [١٢٦/٢ ط] ، وَمَاعِدَاهَا وَهُوَ قِسْمَانِ ؛ مُسْتَقَرٌّ ، وَغَيْرُ مُسْتَقَرٍّ ، كَثْمَنِ الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ وَنَحْوِهِ . فلا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ بِدَيْنِ السَّلَمِ ، وَلَا عَلَيْهِ ، وَتَصِحُّ بِدَيْنِ الْكِتَابَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ ، دُونَ الْحَوَالَةِ عَلَيْهِ ، وَيَصِحُّانِ فِي سَائِرِ الدُّيُونِ ، مُسْتَقَرَّاهَا وَغَيْرُ مُسْتَقَرَّاهَا . وقيل : لَا تَصِحُّ عَلَى غَيْرِ مُسْتَقَرٍّ بِحَالٍ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبُو مُحَمَّدٍ ، وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . وقيل : وَلَا بِمَا لَيْسَ بِمُسْتَقَرٍّ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَتَبَعَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالسَّامَرِيُّ . انتهى .

(١) زيادة من : أ .

دَيْنَهُ^(١) ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ بِهِ ، وَيَأْخُذُ الْمُحْتَالُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَسَوَاءُ تَعَذَّرَ الْقَبْضُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَتَعَذَّرْ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، لَمْ تَبْطُلْ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَيَرْجِعُ الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحْتَالِ بِهِ .

فصل : وَإِنْ أَحَالَ مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ عَلَى مَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَهِيَ وَكَالَةٌ يَثْبُتُ فِيهَا أَحْكَامُهَا ، وَلَيْسَتْ بِحَوَالَةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالََةَ مَا أُخُوذَةُ مِنْ تَحْوِيلِ الْحَقِّ وَانْتِقَالِهِ ، وَلَا حَقٌّ هُنَا يَنْتَقِلُ^(٢) « وَلَا » يَتَحَوَّلُ ، وَإِنَّمَا جَازَتْ

تَنْبِيهِ : يُسْتَشْنَى مِنْ مَحَلِّ الْخِلَافِ مِنَ الْمَالِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَالْمُحَالِ بِهِ ، دَيْنُ السَّلَمِ ؛ فَإِنَّهُ لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ عَلَيْهِ ، وَلَا بِهِ ، عِنْدَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ وَأَصْحَابِهِ ، إِلَّا مَا تَقَدَّمَ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ فِي طَرِيقَتِهِ ، وَكَلَامِ الزَّرْكَشِيِّ .

فائدة : فِي صِحَّةِ الْحَوَالَةِ ، بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَعَلَيْهِ ، وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« شَرْحِهِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« الزَّرْكَشِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَصِحُّ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي بَابِ الْقَبْضِ وَالضَّمَانِ مِنَ الْبُيُوعِ ؛ فَقَالَ : لَا يَصِحُّ التَّصَرُّفُ فِي رَأْسِ مَالِ السَّلَمِ بَعْدَ فُسْخِهِ وَاسْتِقْرَارِهِ ، بِحَوَالَةٍ وَلَا بغيرِهَا . وَقِيلَ : يَصِحُّ . انْتَهَى . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي بَابِ السَّلَمِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

تَنْبِيهِ : خَرَجَ مِنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، لَوْ أَحَالَ مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَإِنَّهُ لَا يُسَمَّى حَوَالَةً ، بَلْ وَكَالَةٌ فِي الْقَبْضِ . وَلَوْ أَحَالَ مَنْ « لَا دَيْنَ عَلَيْهِ »^(٣) ، عَلَى

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فِي م : « وَ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « عَلَيْهِ دَيْنٌ » وَانْظُرْ : الْمَغْنَى ٥٩/٧ .

المقنع والثاني ، [١١٣] اتفاق الدينين في الجنس ، والصفة ،
والحلول والتأجيل .

الشرح الكبير
الوكالة بلفظ الحوالة ؛ لإشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين ، كاستحقاق المختال مطالبة المحال عليه ، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحويله إلى المختال . وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه ، فليست حوالة . نص عليه أحمد . فلا يلزم المحال عليه الأداء ، ولا المختال القبول ؛ لأن الحوالة معاوضة ، ولا معاوضة ههنا ، وإنما هو اقتراض . فإن قبض المختال منه الدين ، رجع على المحيل ؛ لأنه قرض . وإن أبرأه ، لم تصح البراءة ؛ لأنها براءة لمن لا دين عليه . وإن وهبه إياه بعد أن قبضه منه ، رجع المحال عليه على المحيل به ؛ لأنه قد غرم عنه ، وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف . ويحتمل أن لا يرجع إليه ؛ لكونه ما غرم عنه شيئاً . وإن أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه ، فهي وكالة في اقتراض ، وليست حوالة ؛ لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين .

الشرط (الثاني) ، اتفاق الدينين في الجنس ، والصفة ، والحلول

الإنصاف
من لا دين عليه ، فهو وكالة في اقتراض ، لا حوالة . ولو أحال من عليه دين ، على من لا دين عليه ، فهو وكالة في اقتراض أيضاً ، فلا يصادفه . نص عليه . وقال في « الموجز » ، و « التبصرة » : إن رضى المحال عليه بالحوالة ، صار ضامناً ، يلزمه الأداء .

فائدة : قوله : الثاني ، اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل .

والتأجيل) لأنها تحويلٌ للحقِّ ونقلٌ له ، فينتقل على صفته ، ويُعتبر تماثلهما في الأمور المذكورة ؛ أحدها ، الجنس ، [٧٩/٤] فيحيل من عليه ذهبٌ بذهب ، ومن عليه فضةٌ بفضة . ولو أحال من عليه ذهبٌ بفضة أو بالعكس ، لم يصح . الثاني ، الصفة ، فلو أحال من عليه صحاحٌ بمكسرة ، أو من عليه مضريةٌ بأميرية ، لم يصح . الثالث ، الحلول والتأجيل ، ويُعتبر اتفاق أجل المؤجلين ؛ فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، أو كان أحدهما إلى شهرٍ والآخر إلى شهرين ، لم تصح الحوالة .

بلا نزاع ^(١) في الجملة ^(٢) . ويشترط أيضاً علم المال ، وأن يكون فيما يصح فيه الإنصاف السلم من المثليات ، وفي غير المثلي ، كمعدودٍ ومذروع ، وجهان . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « الزركشي » . وقال في « الرعايتين » ، و « الحاويتين » : إنما تصح بدنين معلوم ، يصح السلم فيه . وأطلقا ، في إبل الدية ، الوجهين ؛ أحدهما ، تصح في المعدود ، والمذروع . قال القاضي في « المجرد » : تجوز الحوالة بكل ما صح السلم فيه ، وهو ما يضبط بالصفات ، سواء كان له مثل ؛ كالأذهان ، والحبوب ، والثمار ، أو لا مثل له ؛ كالحيوان ^(٣) ، والياب . وقد أومأ إليه أحمد في رواية الأثرم . وقدمه ابن رزين في « شرحه » . قال الناطم : تصح فيما يصح السلم فيه . والوجه الثاني ، لا تصح . قال الشارح : ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي ^(٣) به قرص هذه الأموال . انتهى . وأما الإبل ، فقال

(١ - ١) زيادة من : ١ .

(٢) في الأصل ، ط : « كالحبوب » .

(٣) في الأصل ، ط : « يقتضى » .

ولو كان الحَقَّانِ حَالَيْنِ ، فَشَرَطَ عَلَى الْمُحْتَالِ أَنْ يُؤَخَّرَ حَقُّهُ أَوْ بَعْضُهُ إِلَى أَجَلٍ ، لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَتَأَجَّلُ ، وَلِأَنَّهُ شَرَطَ مَا لَوْ كَانَ ثَابِتًا فِي نَفْسِ الْأَمْرِ لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَطَهُ . فَإِذَا اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الْأُمُورُ ، وَصَحَّتِ الْحَوَالَةُ ، فَتَرَاضِيَا بِأَنْ يَذْفَعَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ إِلَى الْمُحْتَالِ خَيْرًا مِنْ حَقِّهِ ، أَوْ رَضِيَ الْمُحْتَالُ بِدُونِ الصِّفَةِ ، أَوْ رَضِيَ مَنْ

الشارحُ : لو كان عليه إِبْلٌ مِنَ الدِّيَةِ ، وَلَهُ عَلَى آخَرٍ مِثْلُهَا فِي السَّنِّ ، فَقَالَ الْقَاضِي : تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَصُّ بِأَقْلٍ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ فِي السَّنِّ وَالْقِيَمَةِ ، وَسَائِرِ الصِّفَاتِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَصِحُّ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ إِبْلٌ مِنْ دِيَةٍ ، وَلَهُ عَلَى آخَرٍ مِثْلُهَا قَرْضًا ، فَأَحَالَهُ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ فِي الْقَرْضِ قِيَمَتَهَا . لَمْ تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ مِثْلَهَا . اقْتَضَى قَوْلُ الْقَاضِي صِحَّةَ الْحَوَالَةِ . وَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَأَحَالَ الْمُقْرِضُ بِإِبْلِ ، لَمْ يَصِحَّ . انْتَهَى .

تنبيه : قَوْلُهُ : اتَّفَاقُ الدَّيْنَيْنِ فِي الْجِنْسِ . كَالذَّهَبِ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ ، وَنَحْوَهُمَا . وَالصِّفَةُ ، كَالصُّحَّاحِ بِالصُّحَّاحِ ، وَعَكْسِهِ . فَلَوْ أَحَالَ مِنْ عَلَيْهِ ذَرَاهِمُ دِمَشْقِيَّةٍ بِذَرَاهِمِ عُمَانِيَّةٍ ، لَمْ تَصِحَّ . قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ رَزِينٍ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَكَذَلِكَ لَا تَصِحُّ عِنْدَ^(١) مَنْ أَلْحَقَهَا بِالْمُعَاوَضَةِ ؛^(٢) إِذَا اشْتَرَطَ^(٣) التَّفَاوُتَ فِيهِمَا مُمْتَنِعٌ ، كَالْقَرْضِ . وَأَمَّا مَنْ أَلْحَقَهَا بِالِاسْتِيفَاءِ ، فَقَالَ^(٤) : إِنْ كَانَ تَفَاوُتًا يُجْبِرُ عَلَى أَخْذِهِ عِنْدَ بَذْلِهِ ، كَالجَّيْدِ عَنِ الرَّدِيِّ ، صَحَّتْ ، وَإِلَّا فَلَا . انْتَهَى .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « عَنْهُ » .

(٢ - ٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « إِذَا اشْتَرَطَ » ..

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَقَالَ » .

الشرح الكبير

عليه المؤجل بتعجيله ، أو من له الحال بأنظاره ، جاز ؛ لأن ذلك يجوز في القرض ، ففي الحوالة أولى . فإن مات المحيل أو المختال ، فالأجل بحاله . وإن مات المختال عليه ، أنبنى على حلول الدين بالموت ، وفيه روايتان .

الشرط (الثالث ، أن يُحيل برضاه) لأن الحق عليه ، فلا يلزمه أدائه من جهة الدين الذي على المختال عليه . ولا خلاف في هذا .

فصل : ويُعتبر لصحة الحوالة أن تكون بمال معلوم ؛ لأنها إن كانت بيناً ، فلا تصح في مجهول ، وإن كانت تحوّل الحق ، فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه ، فتصح بكل ما يثبت مثله^(١) في الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والأذهان ، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه ؛ لأنه لا يثبت في الذمة ، ومن شرط الحوالة تساوى الدينين . فأما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثلّيات ، كالمعدود والمذروع ، ففي صحة الحوالة به وجهان ؛ أحدهما ، لا يصح ؛ لأن المثل فيه لا يتحرّر ، ولهذا لا يضمن بمثله في الإتلاف . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . والثاني ، يصح . ذكره القاضي ؛ لأنه حق ثابت في الذمة ، فأشبهه ما له مثل . ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضى به قرض هذه الأموال ، فإن كان

قوله : والثالث ، أن يُحيل برضاه ، ولا يُعتبر رضا المختال عليه ، ولا رضا الإنصاف

(١) سقط من : م .

وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلَا رِضَا الْمُحْتَالِ إِنْ كَانَ الْمُحَالُ

الشرح الكبير

عليه إِبِلٌ مِنَ الدِّيَةِ ، وله على آخَرَ مِثْلُهَا فِي السَّنِّ ، فقال القاضى : تَصِحُّ ؛
لأنَّهَا تَخْتَصُّ بِأَقْلٍ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ فِي السَّنِّ وَالْقِيَمَةُ وَسَائِرِ الصِّفَاتِ .
وقال أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَصِحُّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ ، وَلأنَّ
الْإِبِلَ لَيْسَتْ مِنَ الْمِثْلِيَّاتِ الَّتِي تُضْمَنُ بِمِثْلِهَا فِي الْإِنْفَاقِ ، فَلَا تُثَبِّتُ فِي
الدِّمَّةِ سَلَمًا [٧٩/٤ ظ] فِي رِوَايَةٍ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ إِبِلٌ مِنْ (١) دِيَّةٍ ، وَلَهُ عَلَى
آخَرَ مِثْلُهَا قَرْضًا ، فَأَحَالَهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ فِي (٢) الْقَرْضِ قِيَمَتَهَا . لَمْ
تَصِحَّ الْحَوَالَةُ ؛ لِاخْتِلَافِ الْجِنْسِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرُدُّ مِثْلَهَا . اقْتَضَى قَوْلُ
القاضى صِحَّةَ الْحَوَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَ اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ عَلَى صِفَتِهِ مِنَ الْمُحَالِ
عَلَيْهِ ، وَلأنَّ الْخَيْرَةَ فِي التَّسْلِيمِ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ ، وَقَدْ رَضِيَ بِتَسْلِيمِ
مَا لَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُقْتَرِضِ . وَإِنْ كَانَتْ بِالْعَكْسِ ، فَأَحَالَ (٣) الْمُقْرِضُ بِإِبِلِ
الدِّيَةِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّا إِنْ قُلْنَا : تَجِبُ الْقِيَمَةُ فِي الْقَرْضِ . فَقَدْ اخْتَلَفَ
الْجِنْسُ . وَإِنْ قُلْنَا : يَجِبُ الْمِثْلُ . فَلِلْمُقْرِضِ مِثْلُ مَا أَقْرَضَ فِي صِفَاتِهِ
وَقِيَمَتِهِ ، وَالَّذى عَلَيْهِ الدِّيَّةُ لَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ .

١٨٥٧ - مسألة : (وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلَا رِضَا

الإنصاف

الْمُحْتَالِ ، إِنْ كَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مَلِيًّا . لَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمُحْتَالِ إِذَا كَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ
مَلِيًّا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، فَيُجِبُّ عَلَى قَبُولِهَا . وَهُوَ

(١) فِي م : د فِي .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : فَالْحَالِ .

الشرح الكبير

الْمُحْتَالِ إِنْ كَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مَلِيئًا (أَمَّا الْمُحَالُ عَلَيْهِ فَلَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ ؛
لَأَنَّ لِلْمُحِيلِ ^(١) أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْحَقَّ بِنَفْسِهِ وَبَوَكِيلِهِ ، وَقَدْ أَقَامَ الْمُحْتَالُ مُقَامَ
نَفْسِهِ فِي الْقَبْضِ ، فَلَزِمَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، كَالْوَكِيلِ ، وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ
الْمَلَاءَةُ فِي رِضَا الْمُحْتَالِ . ^(٢) وَالْمَلِيُّ : الْقَادِرُ عَلَى الْوَفَاءِ ، غَيْرُ
الْمُطَاطِلِ . جَاءَ فِي الْحَدِيثِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ : « مَنْ ^(٣)
يُقْرِضُ الْمَلِيَّ غَيْرَ الْمُعْدِمِ » ^(٤) . وَقَالَ الشَّاعِرُ ^(٥) :

تُطِيلُنَ لِيَانِي وَأَنْتِ مَلِيَّةٌ وَأُحْسِنُ يَا ذَاتَ الْوِشَاحِ التَّقَاضِيَا
يَعْنِي قَادِرَةً عَلَى وَفَائِي . قَالَ أَحْمَدُ فِي تَفْسِيرِ الْمَلِيِّ : أَنْ يَكُونَ مَلِيئًا
بِمَالِهِ وَقَوْلِهِ وَبَدَنِهِ . فَمَتَى أُحِيلَ عَلَى مَنْ هَذِهِ صِفَتُهُ ، لَزِمَ الْمُحْتَالُ وَالْمُحَالُ

مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، يُعْتَبَرُ رِضَاهُ . ذَكَرَهَا ابْنُ هُبَيْرَةَ ، وَمَنْ بَعْدَهُ . الْإِنْصَافُ

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، فَسَّرَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْمَلِيَّ ، فَقَالَ : هُوَ أَنْ يَكُونَ
مَلِيئًا بِمَالِهِ ^(٦) وَقَوْلُهُ وَبَدَنِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،
و « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . زَادَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ،
و « الْحَاوِئِينَ » ، أَوْ فِعْلِهِ . وَزَادَ فِي « الْكُبْرَى » عَلَيْهِمَا وَتَمَكُّنِهِ ^(٧) مِنْ الْأَدَاءِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمُحْتَالِ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ بِمَعْنَاهُ ، فِي : بَابِ التَّرْغِيبِ فِي الدَّعَاءِ وَالذِّكْرِ .. مِنْ كِتَابِ صَلَاةِ الْمَسَافِرِينَ . صَحِيحٌ
مُسْلِمٌ ٥٢٢/١ .

(٤) الْبَيْتُ لَذِي الرِّمَةِ ، وَهُوَ فِي دِيْوَانِهِ ١٣٠٦/٢ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « حَالَهُ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَعَلَيْهِ » .

عليه القبول ، ولم يُعْتَبَر رِضَاهُما . وقال أبو حنيفة : يُعْتَبَر رِضَاهُما ؛ لأنه معاوضة ، فيُعْتَبَر الرِّضَا مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ . وقال مالك ، والشافعي : يُعْتَبَر رِضَا الْمُحْتَالِ ؛ لأنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ ، فلا يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِهَا بِغَيْرِ رِضَاهِ ، كما لا يَجُوزُ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ بِالذِّينِ عَرَضًا^(١) . فأما الْمُحَالُ عَلَيْهِ ، فقال مالك : لا يُعْتَبَر رِضَاهُ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ الْمُحْتَالُ عَدُوَّهُ . وللشافعي فِي اعْتِبَارِ رِضَاهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يُعْتَبَر . وهو يُحْكِي عَنْ الزُّهْرِيِّ ؛ لأنه أَحَدُ مَنْ تَبَيَّنَ بِهِ الْحَوَالَةُ ، فَأُشْبِهَ الْمُحِيلَ . والثَّانِي ، لا يُعْتَبَر ؛ لأنه أَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ مَقَامَ نَفْسِهِ ، فلم يَفْتَقِرْ إِلَى رِضَا مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، كالتَّوَكُّيلِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِلْيَةٍ فَلْيَتَّبِعْ » .^(٢) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . ولأنَّ لِلْمُحِيلِ أَنْ يُوفِيَ الْحَقَّ الَّذِي عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ وَبَوَكِيلِهِ ، وقد أَقَامَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي التَّقْبِيزِ ، فَلَزِمَ الْمُحْتَالُ^(٤) الْقَبُولُ ، كما لو وَكَّلَ رَجُلًا فِي إيفائِهِ . وفارَقَ ما إذا أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَهُ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ عَرَضًا ؛ لأنه يُعْطِيهِ غَيْرَ ما وَجَبَ لَهُ ، فلم يَلْزَمَهُ قَبُولُهُ .

وقيل : هو المِلْيَةُ بِالْقَوْلِ وَالْأَمَانَةِ ، وإمكان^(٥) الأداء . قال الزُّرْكَشِيُّ عَنْ تَفْسِيرِ الإمامِ أَحْمَدَ : الَّذِي يَظْهَرُ أَنَّ الْمِلْيَةَ بِالْمَالِ ، أَنْ يَقْدِرَ عَلَى الْوَفَاءِ ، والقَوْلِ ، أَنْ لا يَكُونَ مُمَاطِلًا ، وَالْبَدَنُ أَنْ يُمَكِّنَ حُضُورَهُ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ . [١٢٧/٢]
الثَّانِيَةُ ، يَبْرَأُ الْمُحِيلُ بِمَجَرَّدِ الْحَوَالَةِ ، ولو أَفْلَسَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ ، أو جَحَدَ ، أو مات .

(١) فِي م : عَرْضًا .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ م . والحديث تقدم تفريجه فِي صَفْحَةِ ٨٩ .

(٣) فِي ق : الْحَالِ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ط : الْمَكَانِ .

وإن لم يكن المحال عليه [٨٠/٤] مَلِيًّا ، لم يلزمه أن يحتال ؛ لمفهوم الحديث ، ولأن عليه ضرراً في ذلك ، فلم يلزمه ، كما لو بذل له دون حقه في الصفة .

فصل : فإن شرط المحتال ملاءة المحال عليه ، فبان مُعْسِراً ، رجع على المُحِيل . وبه قال بعض الشافعية . وقال بعضهم : لا يرجع ؛ لأن الحوالة لا تُردُّ بالإعسار ، وإذا لم يشترط الملاءة ، فلا تُردُّ به ، وإن شرط ، كما لو شرط كونه مُسْلِمًا . ويُفارقُ البَيْعَ ، فإنَّ الفسخ يثبت بالإعسار فيه من غير شرط ، بخلاف الحوالة . ولنا ، قولُ النبي ﷺ : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ^(١) . ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة ، فيثبت الفسخ بفواته ، كما لو شرط صفة في المبيع ، وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد ، بدليل اشتراط صفة في المبيع .

على الصحيح من المذهب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد . وصححه القاضي يعقوب . قال التَّائِمُ ، وصاحبُ « الفائق » : هذا المشهور عن أحمد . وقدمه في « الرعايتين » ، و « النظم » ، و « الحاويتين » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وعنه لا يبرأ إلا برضا المحتال ؛ فإن أبى ، أجبره الحاكم ، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة . وقال في « الفائق » : وعنه ، لا يبرأ مطلقاً . وهو ظاهر كلام الخِرَقِي ، وتفيد الإلزام فقط . ذكرها في « التكت » . وهو المختار . انتهى . فهذه رواية ثالثة ، قل من ذكرها . وأطلق الروايتين الأولتين في « المحرر » ، و « الزركشي » . قال في « القاعدة الثالثة والعشرين » : ومبنى الروايتين ، أن

(١) تقدم تخرجه في ١٠/١٤٩ .

المقنع وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيئًا ، فَبَانَ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَكُنْ رَضَى بِالْحَوَالَةِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ .

الشرح الكبير ١٨٥٨ - مسألة : (وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيئًا ، فَبَانَ مُفْلِسًا ، ولم يَكُنْ رَضَى بِالْحَوَالَةِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ) أَمَا إِذَا لم يَرْضَ الْمُخْتَالُ بِالْحَوَالَةِ ، ثُمَّ بَانَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا أَوْ مَيِّتًا ، رَجَعَ عَلَى الْمُحِيلِ ، بغيرِ خِلَافٍ ؛ فَإِنَّهُ ^(١) لَا يَلْزَمُهُ الْاِخْتِيَالُ عَلَى غَيْرِ الْمَلْيَةِ ؛ لِمَا عَلَيْهِ فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، وَإِنَّمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِقَبُولِ الْحَوَالَةِ عَلَى الْمَلْيَةِ . وَإِنْ كَانَ رَضَى بِالْحَوَالَةِ ، لم يَرْجَعْ ؛ لِأَنَّهُ رَضَى بِذَوْنِ حَقِّهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ ؛ لِأَنَّ الْفَلَسَ عَيْبٌ فِي الذِّمَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا يَظُنُّهُ سَلِيمًا فَبَانَ مَعِيْبًا .

الإِنصاف الْحَوَالَةُ ، هَلْ هِيَ نَقْلٌ لِلْحَقِّ أَوْ تَقْيِيزٌ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ نَقْلٌ لِلْحَقِّ . لم يُعْتَبَرْ لَهَا قَبُولٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ تَقْيِيزٌ . فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ بِالْقَوْلِ ، وَهُوَ قَبُولُهَا ، فَيُجْبَرُ الْمُخْتَالُ عَلَيْهِ . انْتَهَى . فَعَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : يَتَوَجَّهُ أَنَّ لِلْمُخْتَالِ مُطَالَبَةَ الْمُحِيلِ قَبْلَ إِجْبَارِ الْحَاكِمِ . وَذَكَرَ أَبُو حَازِمٍ ، وَابْنُهُ أَبُو يَعْلَى ، لَيْسَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ ، كَتَعْيِينِهِ كَيْسًا فَيُرِيدُ غَيْرَهُ .

قوله : وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيئًا ، فَبَانَ مُفْلِسًا ، ولم يَكُنْ رَضَى بِالْحَوَالَةِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا . هُنَا مَسَائِلُ ؛ الْأُولَى ، لَوْ رَضَى الْمُخْتَالُ بِالْحَوَالَةِ مُطْلَقًا ، بَرِئَ الْمُحِيلُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ ظَهَرَ أَنَّهُ مُفْلِسٌ ، مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ وَلَا رِضًا مِنَ الْمُخْتَالِ ، وَهِيَ إِخْدَى مَسَائِلِ الْمُصَنِّفِ ، رَجَعَ ، بِلَا نِزَاعٍ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ رَضَى بِالْحَوَالَةِ ، وَلَمْ يَشَرْطِ الْيَسَارَ وَجِهَهُ ، أَوْ ظَنَّهُ مَلِيئًا ، فَبَانَ مُفْلِسًا ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْمُصَنِّفِ الثَّانِيَةِ ، بَرِئَ

(١) فِي م : (و) .

وَإِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِالْثَمَنِ ، أَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، فَبَانَ الْمَقْنَعُ الْبَيْعُ بَاطِلًا ، فَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ .

١٨٥٩ - مسألة : (وَإِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِالْثَمَنِ ، أَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، فَبَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا ، فَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ) مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدًا ، فَيَحِيلُ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِثَمَنِهِ ^(١) ، ثُمَّ يَظْهَرُ الْعَبْدُ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ لَا ثَمَنَ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَكَذَلِكَ إِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي أَجْنَبِيًّا بِالْثَمَنِ مَتَى بَطَلَ الْبَيْعُ بَطَلَتِ الْحَوَالَةُ ؛ لِذَلِكَ . وَالْحُرِّيَّةُ إِنَّمَا تُثَبَّتُ بَيِّنَةً أَوْ اتِّفَاقِهِمْ ، فَإِنْ اتَّفَقَ الْمُحِيلُ وَالْمُحَالُ عَلَيْهِ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُمَا

الْمُحِيلُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ ^(٢) عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » . وَقَالَ : وَبِهِ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا . وَذَكَرَهُ بَعْضُهُمْ وَجْهًا ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ رَزِينٍ فِي « نِهَائِيَّتِهِ » ، وَ « نَظْمِهَا » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « النَّظْمِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَقِيلَ : الْخِلَافُ وَجْهَانِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ الْبَنَّا . الرَّابِعَةُ ، لَوْ شَرَطَ الْمُحِيلُ أَنَّ الْمُحَالَ عَلَيْهِ مِلْكِيٌّ ، ثُمَّ تَبَيَّنَ عُسْرَتَهُ ، رَجَعَ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ ، بَلَا نِزَاعٍ . وَتَقَدَّمَ إِذَا أَحَالَ عَلَيْهِ عَلَى مِلْكِيٍّ .

قوله : وَإِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِالْثَمَنِ ، أَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، فَبَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا ، فَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ . بَلَا نِزَاعٍ .

(١) فِي م : « بِالْثَمَنِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ط .

وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة ، لم تبطل الحوالة .

عليه ؛ لأنهما ييطان حقه ، فأشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً ، لم يقبل قولهما على المشتري الثاني . وإن أقام بيته ، لم تسمع ؛ لأنهما كذباها بدخولهما في التبائع . وإن أقام العبد بيته بحريته ، قبلت ، وبطلت الحوالة . وإن صدقهما المختال ، وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل صحة الحوالة ، وهما يدعيان بطلانها ، فكانت جنته أقوى . فإن أقام البيته أن الحوالة كانت بالثمن ، قبلت ؛ لأنهما لم يكذباها . [٨٠/٤ ط] وإن اتفق المحيل والمختال على حرية العبد ، وكذباها المختال عليه ، لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد ؛ لأنه إقرار على غيرهما ، وتبطل الحوالة ؛ لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع ، والمحال عليه يعترف للمختال بدين لا يصدق فيه ، فلا يأخذ منه شيئاً . وإن اعترف المختال والمحال عليه بحرية العبد عتق ؛ لإقرار من هو في يده بحريته ، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ، ولم يكن للمختال الرجوع على المحيل ؛ لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراعته ، فلم يكن له الرجوع عليه .

١٨٦٠ - مسألة : (فإن فسخ العقد بعيب أو إقالة ، لم تبطل الحوالة) يعنى إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعد القبض ، فيما إذا أحال

قوله : وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة ، لم تبطل الحوالة . (١) إذا فسخ البيع

المُشْتَرَى البَائِعَ بِالثَّمَنِ ، فقد بَرِئَ الْمُحَالُ عليه ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مِنْهُ بِإِذْنِهِ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرَى عَلَى البَائِعِ . فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ ، وَيَعُودُ الْمُشْتَرَى إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَيَبْرَأُ البَائِعُ ، فَلَا يَبْقَى لَهُ دَيْنٌ وَلَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِالثَّمَنِ ، وَقَدْ سَقَطَ بِالْفَسْخِ ، فَيَجِبُ أَنْ تَبْطُلَ الْحَوَالَةُ لَذَهَابِ حَقِّهِ مِنَ الْمَالِ الْمُحَالِ بِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَبْطُلُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرَى عَوَّضَ البَائِعَ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ مَا لَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَنَقَلَ حَقَّهُ إِلَيْهِ نَقْلًا صَحِيحًا ، وَبَرِئَ مِنَ الثَّمَنِ ، وَبَرِئَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنِ الْمُشْتَرَى ، فَلَمْ يَبْطُلْ ذَلِكَ بِفَسْخِ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، كَمَا لَوْ أُعْطَاهُ بِالثَّمَنِ ثَوْبًا وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، ثُمَّ فَسَخَ الْعَقْدَ ، لَمْ يَرْجِعْ بِالثَّوْبِ ، كَذَا هُنَا . فَإِنْ قُلْنَا يَبْطُلَانِ الْحَوَالَةَ ، رَجَعَ الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ بِدَيْنِهِ ، وَلَمْ يَبْقَ (١) بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ البَائِعِ مُعَامَلَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَبْطُلُ .

بَعِيْبٌ ، أَوْ إِقَالَةٍ ، أَوْ خِيَارٍ ، أَوْ انْفَسَخَ النِّكَاحُ بَعْدَ الْحَوَالَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَنَحْوَهَا ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَعْدَ قَبْضِ الْمُحْتَالِ مَالِ الْحَوَالَةِ ، أَوْ قَبْلَهُ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْحَوَالَةُ (١) ، قَوْلًا وَاحِدًا . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنِيِّ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَالْمُصَنَّفُ هُنَا ، وَغَيْرُهُمْ . فَعَلَى هَذَا ، لِلْمُشْتَرَى الرَّجُوعُ عَلَى البَائِعِ ، فِي مَسْأَلَتَي حَوَالَتِهِ وَالْحَوَالَةِ عَلَيْهِ ، لَا عَلَى مَنْ كَانَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، وَلَا عَلَى مَنْ أُحِيلَ عَلَيْهِ فِي الثَّانِيَةِ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، لَمْ تَبْطُلِ الْحَوَالَةُ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، سَوَاءً أُحِيلَ عَلَى الْمُشْتَرَى بِثَمَنِ الْمَبِيعِ ، أَوْ أَحَالَ بِهِ ، كَمَا لَوْ أُعْطِيَ البَائِعَ بِالثَّمَنِ عَرْضًا . جَزَمَ

(١) سقط من : الأصل .

وَلِلْبَائِعِ أَنْ يُحِيلَ الْمُشْتَرِيَ عَلَى مَنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِيَ عَلَيْهِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ، وَلِلْمُشْتَرِيَ أَنْ يُحِيلَ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ عَلَى الْبَائِعِ .

رَجَعَ الْمُشْتَرِيَ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَيَأْخُذُهُ الْبَائِعُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا ، لَكِنْ أَحَالَ الْبَائِعُ أَجْنَبِيًّا بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِيَ ، ثُمَّ رَدَّ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ ، فَفِي الْحَوَالَةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْمُشْتَرِيَ بَرَّتْ بِالْحَوَالَةِ مِنْ حَقِّ الْبَائِعِ ، وَصَارَ الْحَقُّ عَلَيْهِ لِلْمُحْتَالِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَفَعَهُ الْمُشْتَرِيَ إِلَى الْمُحِيلِ . فَعَلَى هَذَا ، يَرْجِعُ الْمُشْتَرِيَ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، وَيُسَلِّمُ لِلْمُحْتَالِ مَا أَحَالَهُ بِهِ . وَالثَّانِي ، تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ إِنْ كَانَ الرَّدُّ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِسُقُوطِ الثَّمَنِ الَّذِي كَانَتْ الْحَوَالَةُ بِهِ ، «وَلِأَنَّهُ» لَا فَائِدَةَ فِي بَقَاءِ الْحَوَالَةِ ، فَيَعُودُ الْبَائِعُ بِذَنِّهِ ، وَيَبْرَأُ الْمُشْتَرِيَ مِنْهُمَا ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا .

١٨٦١ - مسألة : (وَلِلْبَائِعِ أَنْ يُحِيلَ الْمُشْتَرِيَ عَلَى مَنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِيَ عَلَيْهِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ، وَلِلْمُشْتَرِيَ أَنْ يُحِيلَ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ عَلَى الْبَائِعِ فِي الثَّانِيَةِ) إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْحَوَالَةَ لَا تَبْطُلُ . (وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ

بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ، «وَالْمُنَوَّرِ» ، وَ«مُنْتَخَبِ الْأَدْمِيِّ» ، وَ«تَذَكِرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَصَاحِبُ «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَغَيْرُهُمْ . وَالْحُكْمُ عَلَى هَذَا كَالْحُكْمِ فِيمَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

وَلِلْبَائِعِ أَنْ يُحِيلَ الْمُشْتَرِيَ عَلَى مَنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِيَ عَلَيْهِ ، فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ،

فصل : إذا أحوال رجلًا على زَيْدٍ بِأَلْفٍ ، فأحواله زَيْدٌ بها على عَمْرٍو ، فالحوالة صَحِيحَةٌ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الثَّانِي ثَابِتٌ مُسْتَقَرٌّ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ أَنْ يُحِيلَ بِهِ ، كَالأَوَّلِ . وهكذا لو أحوال الرجل عَمْرًا على زَيْدٍ بِمَا ثَبَتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ،

وَلِلْمُشْتَرَى أَنْ يُحِيلَ الْمُخْتَالَ عَلَيْهِ عَلَى الْبَائِعِ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ . الْإِنْصَافُ وَهُوَ وَجْهٌ ، كَمَا لَوْ «بَانَ الْبَيْعُ» بَاطِلًا بَيِّنَةً ، أَوْ اتَّفَقَ هُمَا ، وَلَا تَقْرِيحُ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ رَزِينٍ فِي «نَهَائِهِ» ، وَ«نَظْمِهَا» . وَأَطْلَقَهُمَا فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«شَرْحِ ابْنِ مُتْجَى» ، وَ«النَّظْمِ» . وَقَالَ الْقَاضِي : تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ بِهِ ، لَا عَلَيْهِ ؛ لِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِثَالِثٍ . وَجَزَمَ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْكَافِي» ، وَ«التَّلْخِيصِ» ، وَ«الْبَلْغَةِ» ، وَغَيْرِهِمْ ، بِصَحَّةِ الْحَوَالَةِ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وَهِيَ الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ . وَأَطْلَقُوا الْوَجْهَيْنِ فِي بُطْلَانِ الْحَوَالَةِ بِهِ ، وَهِيَ الصُّورَةُ الْأُولَى فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، إِلَّا صَاحِبَ «الْكَافِي» ، فَإِنَّهُ قَدَّمَ بُطْلَانِ الْحَوَالَةِ . وَأَطْلَقَهُنَّ فِي «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِيَيْنِ» ، وَ«الْفَائِقِ» . فَعَلِيَ الْوَجْهَ الثَّانِي ، هَلْ يَبْطُلُ إِذْنُ الْمُشْتَرَى لِلْبَائِعِ أَمْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، وَأَطْلَقَهُمَا فِي «الْفُرُوعِ» ؛ أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ . قَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» . وَالثَّانِي ، لَا يَبْطُلُ . قَالَ فِي «التَّلْخِيصِ» : فَعَلِيَ وَجْهَ بُطْلَانِ الْحَوَالَةِ ، لَا يَجُوزُ لَهُ الْقَبْضُ ، فَإِنْ فَعَلَ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَقَعَ عَنِ الْمُشْتَرَى ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ أَنْفَسَخَتْ ، فَبَطُلَ الْإِذْنُ^(١) الَّذِي كَانَ ضِمْنَهَا . وَاخْتَمَلَ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ط : «كَانَ الْمَبِيعُ» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «لِلأَوَّلِ» . وَفِي ط : «لِلأَوَّلِ» .

وإذا قال : أحلتك . قال : بل وكلتني . أو قال : وكلتك . قال : بل أحلتني . فالقول قول مُدَّعي الوكالة .

المقنع

الشرح الكبير صَحَّ أيضًا ؛ لما ذكرنا ، وتكرَّرُ الْمُحْتَالِ والمُحِيلِ لا يَضُرُّ .

١٨٦٢ - مسألة : (وإذا قال : أحلتك . قال : بل وكلتني . أو قال : وكلتك . قال : بل أحلتني . فالقول قول مُدَّعي الوكالة) إذا كان لرجل دين على آخر ، فأذن لرجل في قبضه ، ثم اختلعا ، فقال : أحلتك بدنيك . قال : بل وكلتني ، ودنيي باقٍ في ذمتك . أو قال : وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل . قال : بل أحلتني بلفظ الحوالة . فالقول قول مُدَّعي الوكالة مع يمينه ؛ لأنه يدعي بقاء الحق على (١) ما كان ، ويُتكرَّرُ انتقاله ، والأصل معه . فإن كان لأحدهما بينة ، حُكِمَ بها ؛ لأنَّ اختلافهما

الإنصاف أن يقع عنه ؛ لأنَّ الفسخ ورد على خصوص جهة [١٢٧/٢] الحوالة ، دون ما تضمَّنه الإذن ، فيضاهي تردُّد الفقهاء في الأمر (٢) إذا نسخ الوجوب ، هل يبقى الجواز ؟ والأصح عند أصحابنا بقاءه ، وإذا صلى الفرض قبل وقتها انعقد نفلا . انتهى . قال شيخنا في « حواشي الفروع » : وهذا يرجع إلى قاعدة ، وهي ما إذا بطل الوصف ، هل يبطل الأصل ، أو يبطل الوصف فقط ؟ ويرجع إلى قاعدة ، وهي إذا بطل الخصوص ، هل يبطل العموم ؟ وهي مسألة خلاف بين العلماء . ذكرها في « القواعد الأصولية » .

قوله : وإن قال : أحلتك . قال : بل وكلتني . أو قال : وكلتك . قال : بل

(١) في ر : « بمحل » .

(٢) سقط من : الأصل .

وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك . وادّعى أحدهما أنه أريدَ بها
الوكالة ، وأنكر الآخر ، ففي أيهما يُقبلُ قوله ؟ وجهان .

الشرح الكبير

في اللفظ ، وهو مما يمكن إقامة البيّنة عليه .

١٨٦٣ - مسألة : (وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك) بالمال الذي
لى^(١) قبل زيد . ثم اختلفا ، فقال المَحِيلُ : إنما وكلتُك في القبضِ لى .
وقال الآخر : بل أحلتنى بدئى عليك . فالقول قول مُدْعَى الحوالة ، في
أحدِ الوجهين ؛ لأن الظاهر معه ، فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون
الوكالة ، فيجب حمل اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا في دارٍ في يدِ
أحدهما . والثانى ، القول قول المَحِيلِ ؛ لأن الأصل بقاء حق المَحِيلِ

أحلتنى . فالقول قول مُدْعَى الوكالة . هذا المذهبُ فيهما ، وعليه أكثرُ الأصحاب .
وجزم به في « المعنى » ، و « الكافى » ، و « المحرر » ، و « الشرح » ،
و « النظم » ، و « شرح ابن منجى » ، و « الوجيز » ، و « الفائق » ،
وغيرهم . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ،
و « الرعايتين » ، و « الحاويين » . وقيل : القول قول^(٢) مُدْعَى الحوالة .
اختاره القاضى . وقدمه في « الخلاصة » . وأطلقهما في « التلخيص » ،
و « الفروع » .

قوله : وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك . وادّعى أحدهما أنه أريدَ بها الوكالة ،
وأنكر الآخر ، ففي أيهما يُقبلُ قوله ؟ وجهان . وأطلقهما في « الكافى » ،

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ط .

على المُحالِ عليه ، والمُختالُ يدَّعي نَفْلَهُ ، والمُحِيلُ يَنْكِرُهُ ، والقول قولُ
 المنكِرِ . فعلى الوجهِ الأوَّلِ ، يَحْلِفُ المُختالُ ، وَيُثْبِتُ حَقَّهُ في ذِمَّةِ
 المُحالِ عليه ، وَيَسْتَحِقُّ مُطالَبَتَهُ ، وَيَسْقُطُ عن المُحِيلِ . وعلى الوجهِ
 الثاني ، يَحْلِفُ المُحِيلُ ، وَيَقْيِي حَقَّهُ في ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وعلى كلا
 الوجهين ، إن كان المُختالُ قد قَبَضَ مِنَ المُحالِ عليه ، وتَلَفَ في يَدِهِ ،
 فَقَد بَرِئَ كُلُّ واحدٍ منهما من صاحِبِهِ ، فلا ضَمَانَ عليه ، سواء تَلَفَ بتَفْرِيطٍ
 أو غيرِهِ ؛ لأنَّهُ إن تَلَفَ بتَفْرِيطٍ ، وكان المُختالُ مُحِقًّا ، فَقَدْ أَتْلَفَ مَالَهُ ،
 وإن كان مُبْطَلًا ، ثَبِتَ لكلِّ واحدٍ منهما في ذِمَّةِ الآخرِ مثلُ^(١) ما في ذِمَّتِهِ
 له ، فيتَقاضَانِ ، وَيَسْقُطَانِ . وإن تَلَفَ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فالمُختالُ يَقُولُ :
 قد قَبَضْتُ حَقِّي وتَلَفَ في يَدِي ، وبرِئْتُ منه المُحِيلُ بالحوالَةِ ، والمُحالُ
 عليه بِتَسْلِيمِهِ . والمُحِيلُ يَقُولُ : قد تَلَفَ المالُ في يَدِ وَكِيلِي بغيرِ تَفْرِيطٍ .
 فلا ضَمَانَ عليه . وإن لم يَتَلَفْ ، اِحْتَمَلَ أن لا يَمْلِكَ المُحِيلُ طَلَبَهُ ؛ لأنَّهُ
 مُعْتَرَفٌ أنَّهُ له عليه مِنَ الدَّيْنِ مثلُ ما له في يَدِهِ وهو مُسْتَحِقُّ لِقَبْضِهِ ، فلا
 فائِدَةَ في أن يَقْبِضَهُ منه ثم يُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ . وَيَحْتَمَلُ أن يَمْلِكَ أَخْذَهُ منه ، وَيَمْلِكَ
 [٨١/٤ هـ] المُختالُ مُطالَبَتَهُ بِدَيْنِهِ . وقيل : يَمْلِكُ المُحِيلُ أَخْذَهُ منه ، ولا
 يَمْلِكُ المُختالُ المُطالَبَةَ بِدَيْنِهِ ؛ لا عِترافَهُ بِبِرَاءَةِ المُحِيلِ منه بالحوالَةِ .

الإِنصافُ و « المُعْنَى » ، و « شَرْحُ ابْنِ مُنَجَّى » ، و « النُّظْمُ » ، و « الحَاوِثَيْنِ » ،
 و « الفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُما ، الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْوَكَالَةِ . وهو المذهبُ . جَزَمَ به في
 « الوَجِيزِ » ، و « المُنَوَّرِ » ، و « مُتَخَبِ الْأَدَمِيِّ » ، وغيرِهِم . وقَدَّمَهُ في

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

وليس بصحيح ؛ لأنَّ الْمُحْتَالَ إِنِ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، فهو يدَّعي أَنَّهُ قَبَضَ هذا المالَ منه بغيرِ حقٍّ ، وأَنَّهُ ^(١) يَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ به . فعلى كلا الحالين ، هو مُسْتَحِقُّ لِلْمُطَالَبَةِ بِمِثْلِ هذا المالِ المَقْبُوضِ منه في قَوْلِهِمَا جَمِيعًا ، فلا وَجْهَ لِإِسْقَاطِهِ ، ولا مَوْضِعَ لِلْبَيِّنَةِ في هذه الْمَسْأَلَةِ ؛ لأنَّهُمَا لا يَخْتَلِفَانِ في لَفْظٍ يُسْمَعُ ، ولا فِعْلٍ يُرَى ، وإنما يدَّعي الْمُحِيلُ نِيَّتَهُ ^(٢) ، وهذا لا تَشْهَدُ به الْبَيِّنَةُ نَفْيًا ولا إِبْتَاتًا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَحْلَيْتُكَ بِدَيْنِكَ . قال : وَكَلَّتْنِي . ففيها ^(٣) وَجْهَانِ أَيْضًا ؛ لِمَا قَدَّمْنَا . فَإِنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ . فَحَلَفَ ، بَرَى مِنْ حَقِّ الْمُحْتَالِ ، وَلِلْمُحْتَالِ قَبْضُ الْمَالِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِمَا مَعًا ، فَإِذَا قَبَضَهُ ، كَانَ لَهُ بِحَقِّهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحْتَالِ . فَحَلَفَ ، كَانَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ وَمُطَالَبَةُ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا وَكِيلٌ أَوْ مُحْتَالٌ . فَإِنْ قَبَضَ مِنْهُ قَبْلَ أَخْذِهِ مِنَ الْمُحِيلِ ، فَلَهُ أَخْذُ مَا قَبِضَ لِنَفْسِهِ ^(٤) ؛ لِأَنَّ الْمُحِيلَ

الإِنْصَافِ

« الْمُحَرَّرُ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْحَوَالَةِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصُّوَابُ .

فَالَّذَانِ ، إِحْدَاهُمَا ، مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ ، لَوْ قَالَ : أَحْلَيْتُكَ بِدَيْنِي . وَادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَرِيدَ بِهَا الْوَكَالَةُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَدَّمَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،

(١) بعده في م : « لا » .

(٢) في الأصل ، ر : « بيته » .

(٣) في م : « ففيهما » .

(٤) بعده في م : « لأنه يجوز ذلك » .

يَقُولُ : هو لك . والمُخْتَالُ يَقُولُ : هو أمانةٌ في يَدِي ، ولي مثله على صاحبه ، وقد أُذِنَ له في أَخْذِهِ ضِمْنًا . فإذا أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ ، حَصَلَ غَرَضُهُ ، ولم يَأْخُذْ مِنَ الْمُحِيلِ شَيْئًا . وإنِ اسْتَوْفَى مِنَ الْمُحِيلِ ذُونَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، رَجَعَ الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَهَ قَدْ ثَبَتَتْ بِيَمِينِ الْمُخْتَالِ ، وَبَقِيَ الْحَقُّ^(١) في ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِلْمُحِيلِ . والثَّانِي ، لا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ أَنَّهُ قَدْ بَرِيَ مِنْ حَقِّهِ ، وَإِنَّمَا الْمُخْتَالُ^(٢) ظَلَمَهُ بِأَخْذِهِ مَا كَانَ عَلَيْهِ . قال القاضي : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وإن كان قد أَخَذَ الْحَوَالَةَ فَتَلَفَتْ في يَدِهِ بِتَفْرِيطٍ ، أو أَتْلَفَهَا ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مُحِقًّا فَقَدْ أَتْلَفَ حَقُّهُ ، وَإِنْ كَانَ مُبْطِلًا فَقَدْ أَتْلَفَ^(٣) مِثْلَ دَيْنِهِ ، فَيُثْبِتُ في ذِمَّتِهِ ، فَيَتَقَاَصَانِ . وَإِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطِهِ ، فعلى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَسْقُطُ حَقُّهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَالَهُ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ . وعلى الثَّانِي ، له أَنْ يَرْجَعَ عَلَى الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ ، وليس لِلْمُحِيلِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ بِبِرَاعَتِهِ .

في هذه ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مُدَّعِي الْحَوَالَةِ . الثَّانِيَةُ ، لو اتَّفَقَا على أَنَّهُ قال : أَحْلَيْتُكَ بِالمَالِ الَّذِي قَبْلَ فُلَانٍ . ثم اِخْتَلَفَا ؛ فقال الْمُحِيلُ : إِنَّمَا وَكَّلْتُكَ في الْقَبْضِ لِي . وقال الْآخَرُ : بل أَحْلَيْتَنِي بَدْنِي . فقيل^(٤) : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ . قدَّمه في

(١) سقط من : م .

(٢) في م : المحيل .

(٣) في م : أبطل .

(٤) في ط : وقيل .

«الرَّعَايَتَيْنِ»، و «الْحَاوِيَيْنِ»، و «الْفَائِقِ». قال في «الفروع»: جَزَمَ بِهِ
 جَمَاعَةٌ. وقيل: الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْحَوَالَةِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ^(١). وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ
 فِي «شَرْحِهِ». وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُعْنَى»، و «الشَّرْحِ»، و «الفروع»،
 وَيَأْتِي عَكْسُهَا^(٢). فَعَلِيَ الْأَوَّلِ، يَخْلِفُ الْمُحِيلُ، وَيَبْقَى حَقُّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ
 عَلَيْهِ. قَالَهُ الْمُصَنِّفُ، وَالشَّارِحُ. قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى»، و «الفروع»:
 لَا يَبْقِضُ الْمُحْتَالُ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ؛ لِعَزْلِهِ بِالْإِنْكَارِ. وَفِي طَلَبِهِ مِنَ الْمُحِيلِ
 وَجْهَانِ. وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الرَّعَايَتَيْنِ»، و «الْحَاوِيَيْنِ»، و «الْفَائِقِ»،
 و «الفروع»، وَقَالَ: لِأَنَّ دَعْوَاهُ الْحَوَالَةَ بَرَاءَةٌ^(٣). أَحَدُهُمَا لَهُ طَلَبُهُ. وَهُوَ
 الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ. صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ، وَالشَّارِحُ^(٤). وَعَلَى الثَّانِي، يَخْلِفُ
 الْمُحْتَالُ، وَيُثْبِتُ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ^(٥)، وَيَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتَهُ، وَيَسْقُطُ عَنِ
 الْمُحِيلِ. قَالَ الْمُصَنِّفُ، وَالشَّارِحُ: وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ، إِنْ كَانَ الْمُحْتَالُ قَدْ
 قَبِضَ الْحَقَّ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَتَلَفَ فِي يَدِهِ، فَقَدْ بَرَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ،
 وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ سِوَاءٍ، تَلَفَ بِتَفْرِيطٍ أَوْ غَيْرِهِ. وَإِنْ لَمْ يَتَلَفْ، أَحْتَمَلُ أَنْ لَا يَمْلِكَ
 الْمُحِيلُ طَلَبَهُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ أَخْذَهُ مِنْهُ، وَيَمْلِكُ مُطَالَبَتَهُ بِذَنْتِهِ. وَهُوَ
 الصَّحِيحُ. قَالَ فِي «الفروع»، تَفْرِيعًا عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ: وَمَا قَبِضَهُ الْمُحْتَالُ،
 وَلَمْ يَتَلَفْ، فَلِلْمُحِيلِ أَخْذُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَجَزَمَ بِهِ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى». وَأُطْلِقَهُمَا
 فِي «الْمُعْنَى»، و «الشَّرْحِ». وَقِيلَ: يَمْلِكُ الْمُحِيلُ^(٥) أَخْذَهُ مِنْهُ، وَلَا يَمْلِكُ

(١) فِي ط: «يَعْنِي».

(٢) فِي الْأَصْلِ، ط: «عَلَيْهَا».

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ، ط.

(٤) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ، ط.

(٥) فِي الْأَصْلِ، ط: «الْمُحْتَال».

المُحْتَالُ الْمُطَالَبَةُ بِدَيْنِهِ ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِبِرَاءَةِ الْمُحِيلِ مِنْهُ بِالْحَوَالَةِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ . قَالَ
 الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ . انْتَهَى . وَإِنْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بِالْعَكْسِ ؛
 بَأَنْ قَالَ الْمُحِيلُ : أَحْلَثْتُكَ ^(١) بِدَيْنِكَ . فَقَالَ : بَلْ وَكَلْتَنِي . ففِيهَا الْوَجْهَانِ .
 وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ قَوْلُ
 مُدْعَى الْوَكَالَةِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ،
 وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ مُدْعَى الْحَوَالَةِ ؛ فَإِنْ
 قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ . فَحَلَفَ ، بَرِيءٌ مِنْ حَقِّ الْمُحْتَالِ ، وَلِلْمُحْتَالِ قَبْضُ الْمَالِ
 مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ لِنَفْسِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحْتَالِ . فَحَلَفَ ، كَانَ لَهُ مُطَالَبَةُ
 الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ ، وَمُطَالَبَةُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قَبِضَ مِنْهُ قَبْلَ أَخْذِهِ مِنَ الْمُحِيلِ ،
 فَلَهُ أَخْذُ مَا قَبِضَ لِنَفْسِهِ ^(٢) . وَإِنْ اسْتَوْفَى مِنَ الْمُحِيلِ دُونَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، رَجَعَ
 الْمُحِيلُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذَا أَصَحُّ . وَالْوَجْهُ
 الثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
 وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَإِنْ كَانَ قَبْضُ الْحَوَالَةِ ،
 فَتَلَفَتْ [١٢٨/٢] فِي يَدِهِ بِتَفْرِيطٍ ، أَوْ أَتْلَفَهَا ، سَقَطَ حَقُّهُ ، عَلَى كِلَا ^(٣) الْوَجْهَيْنِ .
 وَإِنْ تَلَفَتْ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَعَلِيَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ ، يَسْقُطُ حَقُّهُ أَيْضًا . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ،
 لَهُ أَنْ يَرْجَعَ عَلَى الْمُحِيلِ بِحَقِّهِ ، وَلَيْسَ لِلْمُحِيلِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . قَالَه
 الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ .

(١) فِي ط : « أَجْلَثْتُكَ » .

(٢) بِيَاضٍ فِي ط ، وَفِي الْأَصْلِ : « مِنْهُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، وَفِي ط : « لِي » .

وَإِنْ قَالَ : أَحْلَتُكَ بِدَيْنِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْحَوَالَةِ ، وَجْهًا
وَاحِدًا .

الشرح الكبير

١٨٦٤ - مسألة : (وإن قال : أَحْلَتُكَ بِدَيْنِكَ . فالقول قول مُدَّعِي
الحَوَالَةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا) إذا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحْلَتُكَ بِدَيْنِكَ . ثُمَّ اخْتَلَفَا ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْحَوَالَةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ بِدَيْنِهِ لَا تَحْتَمِلُ
الْوَكَالَهَ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ مُدَّعِيهَا . وَسَوَاءٌ اعْتَرَفَ الْمُحِيلُ بِدَيْنِ الْمُحْتَالِ ،
أَوْ قَالَ : لَا دَيْنَ لَكَ عَلَيَّ . لِأَنَّ قَوْلَهُ : أَحْلَتُكَ بِدَيْنِكَ . اعْتِرَافٌ بِدَيْنِهِ ،
فَلَا يُقْبَلُ [٥٨٢/٤] جَحْدُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَقُلْ : بِدَيْنِكَ . بَلْ قَالَ :
أَحْلَتُكَ . ثُمَّ قَالَ : لَيْسَ لَكَ عَلَى دَيْنٍ ، وَإِنَّمَا أَرَدْتُ التَّوَكِيلَ بِلَفْظِ الْحَوَالَةِ .
أَوْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنْ أَقُولَ : وَكَلْتُكَ . فَسَبَقَ لِسَانِي ، فَقُلْتُ : أَحْلَتُكَ .
وَادَّعَى الْمُحْتَالُ أَنَّهَا حَوَالَةٌ بِدَيْنِهِ ، وَأَنَّ دَيْنَهُ كَانَ ثَابِتًا عَلَى الْمُحِيلِ ، فَهَلْ
هُوَ اعْتِرَافٌ بِالذَّيْنِ أَوْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ تَوْجِيهُهُمَا .

فصل : وإذا كان لرجل دَيْنٌ عَلَى آخَرَ ، فطَالَبه به ، فقال : قد أَحَلَّتْ به
عَلَيَّ فَلَنَا الْغَائِبَ . وَأَنْكَرَ صَاحِبُ الدَّيْنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِنْ
كَانَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، سَمِعَتْ بَيِّنَتُهُ ؛ لِإِسْقَاطِ حَقِّ الْمُحِيلِ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ قَالَ : أَحْلَتُكَ بِدَيْنِكَ . فالقول قول مُدَّعِي الْحَوَالَةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .
يعني ، إذا اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، وَادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَرِيدَ بِهِ الْوَكَالَهَ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْحَوَالَةِ . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَقَطَعَ بِهِ الْأَصْحَابُ .

فائدة : قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الْحَوَالَةُ عَلَى مَالِهِ فِي الدَّيُونِ إِذَنْ فِي الْاِسْتِيفَاءِ فَقَطْ ^(١) ،

(١) زيادة من : الفروع .

عنه^(١) . وإن ادَّعى رجلٌ أن فلاناً الغائبَ أحالني عليك ، فأنكرَ المدَّعى عليه ، فالقولُ قولُه . فإن أقامَ المدَّعى بيَّنةً ، ثبَّتَ في حقِّه وحقِّ الغائبِ ؛ لأنَّ البيَّنةَ يُقضى بها على الغائبِ ، ولزِمَ الدَّفْعُ إلى المُحتالِ . وإن لم يكنْ له بيَّنةٌ ، فأنكرَ المدَّعى عليه ، فهل يلزِمُه اليمينُ ؟ فيه وجهان ، بناءً على ما لو اعترفَ له هل يلزِمُه الدَّفْعُ إليه^(٢) ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، يلزِمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه مقرٌّ بدَيِّنه عليه ، ووُجوبِ دَفْعِهِ إليه ، فَلَزِمَهُ الدَّفْعُ إليه ، كما لو كانت به بيَّنةٌ . والثاني ، لا يلزِمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ إنكارَ المُحيلِ ورُجوعه عليه ، فكان له الاحتياطُ لنفسه ، كما لو ادَّعى أني وكيلُ فلانٍ في قبضِ دينه منك ، فصَدَّقَه ، وقال : لا أدفعُه إليك . فإذا قلنا : يلزِمُه الدَّفْعُ مع الإقرارِ . لَزِمَتْهُ اليمينُ مع الإنكارِ . فإذا حَلَفَ ، برئ ، ولم يكنْ للمُحتالِ الرُّجوعُ على المُحيلِ ؛ لاَعْتِرَافَهُ بِبِرَاعَتِهِ . وكذلك إن قلنا : لا يلزِمُه اليمينُ . فليس للمُحتالِ الرُّجوعُ على المُحيلِ . ثم يَنْظَرُ في المُحيلِ ؛ فإن صدَّقَ المدَّعى في أنَّه أحالَه ، ثبَّتَ الحَوَالَةَ ؛ لأنَّ رضا المُحتالِ عليه لا يُعْتَبَرُ . وإن أنكرَ الحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، وسَقَطَ حُكْمُ

والمُحتالِ الرُّجوعُ ومُطالَبَةُ مُحيلِهِ .

تنبيه : ذكر بعضُ^(٣) المصنِّفين مسألةَ المُقاصَّةِ^(٤) هنا ، وذكرها بعضهم في

(١) في م : عليه .

(٢) زيادة من : الأصل .

(٣) سقط من : الأصل ، ط .

(٤) في الأصل : « المفاوضة » .

الْحَوَالَةِ . وَإِنْ نَكَلَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ ، فَقَضَىٰ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَاسْتَوْفَىٰ الْحَقُّ مِنْهُ ، ثُمَّ إِنَّ الْمُحِيلَ صَدَّقَ الْمُدَّعَى ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَوَالَةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفَىٰ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرَفٌ لَهُ بِالْحَقِّ ، وَيَدَّعِي أَنَّ الْمُحْتَالَ ظَلَمَهُ ، وَيَبْقَىٰ دَيْنُ الْمُحْتَالَ عَلَى الْمُحِيلِ . فَإِنْ أَنْكَرَ الْمُحِيلُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بغيرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يُقَرُّ بِبِرَائَتِهِ مِنْهُ ؛ لِاسْتِيفَائِهِ مِنَ الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُحِيلُ يَعْتَرِفُ بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُحْتَالَ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ بِأَنَّهُ قَدْ بَرِيَ مِنْهُ بِالْحَوَالَةِ ، وَالْمُحِيلُ يُصَدَّقُ الْمُحَالُ عَلَيْهِ فِي كَوْنِ الْمُحْتَالَ قَدْ ظَلَمَهُ ، وَاسْتَوْفَىٰ مِنْهُ بغيرِ حَقٍّ ، وَالْمُحْتَالَ يَزْعُمُ [٨٢/٤ ط] أَنَّ الْمُحِيلَ قَدْ أَخَذَ مِنْهُ أَيْضًا بغيرِ حَقٍّ ، وَأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ مَا أَخَذَ مِنْهُ إِلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقْبِضَهَا الْمُحْتَالَ وَيُسَلِّمَهَا إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، أَوْ يَأْذَنَ لِلْمُحِيلِ فِي دَفْعِهَا إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَإِنْ صَدَّقَ الْمُحَالُ عَلَيْهِ الْمُحْتَالَ فِي الْحَوَالَةِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ ، فَانْكَرَ الْمُحِيلُ الْحَوَالَةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ . وَالْحُكْمُ فِي الرَّجُوعِ بِمَا عَلَى الْمُحِيلِ مِنَ الدَّيْنِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفٌ صَمِنَهُ رَجُلٌ ، فَأَحَالَ الصَّامِنُ صَاحِبَ الدَّيْنِ بِهِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ وَذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ كَالْتَّسْلِيمِ ،

آخِرِ السَّلَمِ ، وَلَمْ يَذْكُرْهَا الْمُصَنِّفُ ، وَذَكَرَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهَا فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا فِي آخِرِ بَابِ السَّلَمِ ، فَلْيُعَاوِذْ ^(٢) .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعدها في الأصل ، ط : « بها إلى إصلاح » .

وَيَكُونُ الْحُكْمُ هُنَا كَالْحُكْمِ فِيمَا لَوْ قَضَى عَنْهُ الدَّيْنُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .
فَإِنْ كَانَ الْأَلْفُ عَلَى رَجُلَيْنِ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ ، وَكُلُّ
وَاحِدٍ كَفِيلٌ عَنِ الْآخَرِ بِذَلِكَ ، فَأَحَالُهُ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُمَا
مَعًا ، كَمَا لَوْ قَضَاهَا . وَإِنْ أَحَالَ صَاحِبُ الْأَلْفِ رَجُلًا عَلَى أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ
صَحَّتِ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَقَرٌّ . وَإِنْ أَحَالَ عَلَيْهِمَا
جَمِيعًا ، لَيْسَتْ تَوْفَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ ، صَحَّتِ الْحَوَالَةُ أَيْضًا عِنْدَ
الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ هُنَا فِي نَوْعٍ وَلَا أَجَلٍ وَلَا عَدَدٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ زِيَادَةُ
اسْتِثْنَاءٍ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ صِحَّةَ الْحَوَالَةِ ، كَحَوَالَةِ الْمُعْسِرِ عَلَى الْمَلِيءِ .
وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : لَا تَصِحُّ الْحَوَالَةُ ؛ لِأَنَّ الْفَضْلَ قَدْ دَخَلَهَا . فَإِنَّ
الْمُخْتَالَ ارْتَفَقَ بِالْتَّخِيرِ بِالِاسْتِيفَاءِ مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَحَالَهُ عَلَى
رَجُلَيْنِ لَهُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفٌ ؛ لَيْسَتْ تَوْفَى مِنْ أَيُّهُمَا شَاءَ . وَالْأَوَّلُ
أَصَحُّ . وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَبَيْنَ مَا إِذَا أَحَالَهُ بِالْفَيْنِ ، أَنَّهُ لَا فَضْلَ
بَيْنَهُمَا فِي الْعَدَدِ هُنَا ، وَثُمَّ تَفَاضُلًا ، وَلِأَنَّ الْحَوَالَةَ هُنَا بِالْفِ مَعَيْنٍ ،
وَثُمَّ الْحَوَالَةَ بِأَحَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، وَأَنَّهُ إِذَا قَضَاهُ أَحَدُهُمَا بِالْأَلْفِ ، فَقَدْ
قَضَاهُ جَمِيعَ الدَّيْنِ ، وَثُمَّ إِذَا قَضَى أَحَدُهُمَا بَقِيَ مَا عَلَى الْآخَرِ . وَلَوْ لَمْ
يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ ضَامِنًا عَنِ صَاحِبِهِ ، فَأَحَالَ عَلَيْهِمَا ، صَحَّتِ
الْحَوَالَةُ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْأَلْفَ مِنْ وَاحِدٍ ، كَانَ
لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْ اثْنَيْنِ ، كَالْوَكِيلَيْنِ .

بَابُ الصُّلْحِ

الصُّلْحُ مُعَاقَدَةٌ يُتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى إِصْلَاحِ بَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ ، وَيَتَنَوَّعُ أَنْوَاعًا ؛
 صُلْحٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ ، وَصُلْحٌ بَيْنَ أَهْلِ الْعَدْلِ وَأَهْلِ الْبَغْيِ ،
 وَصُلْحٌ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ إِذَا خِيفَ الشَّقَاقُ بَيْنَهُمَا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ
 طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ ^(١) . وَقَالَ تَعَالَى :
 ﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاصًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا
 بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
 قَالَ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ
 حَرَامًا » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى

بَابُ الصُّلْحِ

فائدة : الصُّلْحُ عِبَارَةٌ عَنْ مُعَاقَدَةٍ يُتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى إِصْلَاحِ بَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ^(٤) . قَالَه

(١) سورة الحجرات ٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٨ .

(٣) في : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحرى ٦ / ١٠٤ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الصلح ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلامهما عن عمرو بن عوف المزني .

وأخرجه أبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلامهما عن أبي هريرة .

(٤) في الأصل ، ط : « محلين » .

الصُّلْحُ فِي الْأَمْوَالِ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صُلْحٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الصُّلْحُ عَلَى جِنْسِ الْحَقِّ ، مِثْلُ أَنْ يُقَرَّرَ لَهُ بَدَلَيْنِ ، فَيَصْعَ عَنْهُ بَعْضُهُ ، أَوْ بَعَيْنِ ، فَيَهَبَ لَهُ بَعْضَهَا ، وَيَأْخُذَ

عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ [١١٣/٤] إِلَى أَبِي مُوسَى بِمِثْلِ ذَلِكَ . وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِ الصُّلْحِ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الَّتِي ذَكَرْنَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا ^(١) بَابٌ يُفْرَدُ لَهُ ، وَتُذَكَّرُ فِيهِ أَحْكَامُهُ . وَهَذَا الْبَابُ لِلصُّلْحِ بَيْنَ الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْأَمْوَالِ .

١٨٦٥ - مسألة : (و) الصُّلْحُ فِي الْأَمْوَالِ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صُلْحٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صُلْحٌ عَلَى جِنْسِ الْحَقِّ ، مِثْلُ أَنْ يُقَرَّرَ لَهُ بَدَلَيْنِ ، فَيَصْعَ عَنْهُ بَعْضُهُ ، أَوْ بَعَيْنِ ، فَيَهَبَ لَهُ بَعْضَهَا ، وَيَأْخُذَ

الْمُصْطَفَى وَغَيْرُهُ . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » : هُوَ الْمُوَافَقَةُ بَعْدَ الْمُنَازَعَةِ . انْتَهَى . وَالصُّلْحُ أَنْوَاعٌ ؛ صُلْحٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ . وَتَقَدَّمَ فِي الْجِهَادِ . وَصُلْحٌ ^(٢) بَيْنَ أَهْلِ الْبَغْيِ وَالْعَدْلِ . وَيَأْتِي . وَبَيْنَ الزَّوْجَيْنِ إِذَا خِيفَ الشَّقَاقُ بَيْنَهُمَا ، أَوْ خَافَتِ الزَّوْجَةُ إِعْرَاضَ الزَّوْجِ عَنْهَا . وَيَأْتِي أَيْضًا . وَبَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ فِي غَيْرِ الْمَالِ ، أَوْ فِي الْمَالِ . وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا ، وَهُوَ قِسْمَانِ ؛ صُلْحٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَصُلْحٌ عَلَى الْإِنْكَارِ . وَقِسْمٌ بِالْمَالِ ؛ وَهُوَ الصُّلْحُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ .

قوله : وَصُلْحُ الْإِقْرَارِ نَوْعَانِ ^(٣) ؛ أَحَدُهُمَا ، الصُّلْحُ عَلَى جِنْسِ الْحَقِّ ، مِثْلُ أَنْ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ١ : « مِنْهُمَا » .

(٢) فِي ط : « وَيَأْتِي » .

(٣) زِيَادَةُ يَقْتَضِيهَا السِّيَاقُ .

الْبَاقِيَ ، فَيَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْمَنْعَ الْبَاقِيَ . أَوْ يَمْنَعَهُ حَقَّهُ بِدُونِهِ .

الشرح الكبير الباقي ، فَيَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْبَاقِيَ . أَوْ يَمْنَعَهُ حَقَّهُ بِدُونِهِ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ اعْتَرَفَ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ فِي يَدِهِ ، فَأَبْرَأَهُ الْعَرِيمُ مِنْ بَعْضِ الدَّيْنِ ، أَوْ وَهَبَهُ بَعْضَ الْعَيْنِ وَطَلَبَ مِنْهُ الْبَاقِيَ ، صَحَّ إِذَا كَانَتْ الْبَرَاءَةُ مُطْلَقَةً مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الدَّيْنُ لَيْسَ عِنْدَهُ وَفَاءٌ ، فَوَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ حَقِّهِ ، وَأَخَذَ مِنْهُ الْبَاقِيَ ، كَانَ ذَلِكَ جَائِزًا لهُمَا ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ قَاضٍ شَافِعٌ^(١) ، لَمْ يَكُنْ

يُقَرَّرُ لَهُ بِدَيْنٍ ، فَيَضَعُ عَنْهُ بَعْضَهُ ، أَوْ بَعَيْنٍ ، فَيَهَبُ لَهُ بَعْضَهَا ، وَيَأْخُذُ الْبَاقِيَ ، فَيَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْبَاقِيَ ، أَوْ يَمْنَعَهُ حَقَّهُ بِدُونِهِ . إِذَا أَقَرَّ لَهُ بِدَيْنٍ أَوْ بَعَيْنٍ ، فَوَضَعَ عَنْهُ بَعْضَهُ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ بَعْضَهَا ، مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَهُوَ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ إِبْرَاءٌ ، وَالثَّانِي هِبَةٌ بِلاَ نِزَاعٍ ، لَكِنْ لَا يَصِحُّ بِلَفْظٍ : الصُّلْحُ .^(٢) عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ هَضْمٌ لِلْحَقِّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَا بِلَفْظٍ : الصُّلْحُ^(٣) . عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ . وَهُوَ مُخْتَارُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ الْقَاضِي : وَهُوَ مُقْتَضَى قَوْلِ أَحْمَدَ : وَمَنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ فَصَالِحٍ عَلَى بَعْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ صُلْحًا ؛ لِأَنَّهُ هَضْمٌ لِلْحَقِّ . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرِهِ ، وَهُوَ مُقْتَضَى كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَابْنِ أَبِي مُوسَى . انْتَهَى . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ بِلَفْظٍ : الصُّلْحُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا فِي « الْمُوَجِزِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْبَنَّا فِي « خِصَالِهِ » .

(١) فِي ١ ، م : « شَافِعِي » .

(٢ - ٣) زِيَادَةٌ مِنْ ١ .

عليه في ذلك إثم ؛ لأن النبي ﷺ قد كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ لِيَضْعُوا عَنْهُ^(١) . وفي الذي أُصِيبَ فِي حَدِيثِهِ فَمَرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ وَهُوَ مَلْزُومٌ ، فَأُشَارَ إِلَى غُرَمَائِهِ بِالنَّصْفِ ، فَأَخَذُوهُ مِنْهُ^(٢) . فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ قَاضٍ الْيَوْمَ ، جَازَ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِ الصُّلْحِ وَالنَّظَرِ لهُمَا . وَقَدْ رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ كَعْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّهُ تَقَاضَى ابْنُ أَبِي حَذْرَدٍ دَيْنًا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ فِي الْمَسْجِدِ ، فَأَرْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا حَتَّى سَمِعَهَا^(٣) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ نَادَى : « يَا كَعْبُ » قَالَ : لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَأُشَارَ إِلَيْهِ أَنْ ضَعِ الشُّطْرَ مِنْ

الإنصاف

فائدة : ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّ الصُّلْحَ عَلَى الْإِقْرَارِ لَا يُسَمَّى صُلْحًا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَسَمَّاهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ صُلْحًا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا : وَالْخِلَافُ فِي التَّسْمِيَةِ ، وَأَمَّا الْمَعْنَى ؛ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَصُورَتُهُ الصَّحِيحَةُ عِنْدَهُمْ ؛ أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بَعِينٌ ، فَيُعَاوِضَهُ عَنْهَا ، أَوْ يَهَبَهُ بَعْضُهَا ، أَوْ بَدْلَيْنِ ، فَيُبْرِئَهُ مِنْ بَعْضِهِ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، فَيَصِحَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ ، وَلَا امْتِنَاعٍ مِنْ أَدَاءِ الْحَقِّ بِذَوْنِهِ . انْتَهَى . وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ : إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ . لَهُ صَوْرَتَانِ ؛

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا قضى دون حقه أو حله فهو جائز ، وباب إذا قاضى أو جازفه في الدين تمراً بتمر أو غيره ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب إذا وهب ديناً على رجل ، من كتاب الهبة ، وفي : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفي : باب علامات النبوة في الإسلام ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ١٥٤/٣ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٣٥/٤ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ١٠٧/٢ . والنسائي ، في : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٥/٦ . وابن ماجه ، في : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣١٣/٣ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٣١٩ / ٧ . وابن حجر ، في : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالمة ١ / ٤١٩ .

(٣) في ق ، م : « سمعها » .

دَيْنِكَ . قَالَ : قَدْ فَعَلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قُمْ فَأَعْطِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . فَأَمَّا إِنْ مَنَعَهُ الْمُقْرَأُ مِنْ ^(٢) حَقِّهِ حَتَّى يَضَعَ عَنْهُ بَعْضَهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ صَالِحٌ عَنْ بَعْضٍ مَالِهِ يَبْغِضُهُ ، وَسَوَاءٌ كَانَ بَلْفَظُ الصُّلْحِ أَوْ بَلْفَظُ الْإِبْرَاءِ ، أَوْ بَلْفَظُ ^(٣) الْهَبَةِ الْمُقْرُونِ بِشَرْطٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ . أَوْ : وَهَبْتُكَ بِشَرْطٍ أَنْ تُعْطِيَنِي مَا بَقِيَ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الصُّلْحُ عَلَى الْإِقْرَارِ هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، فَمَتَى أُلْزِمَ الْمُقْرَأُ لَهُ تَرْكُ بَعْضِ حَقِّهِ ، فَتَرَكَهُ مِنْ غَيْرِ طِيبِ نَفْسِهِ ، لَمْ يَطِبِ الْأَخْذُ ^(٤) ، وَإِنْ تَطَوَّعَ الْمُقْرَأُ لَهُ بِإِسْقَاطِ بَعْضِ حَقِّهِ ، جَازٌ ، غَيْرَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِصُّلْحٍ ، وَلَا مِنْ بَابِ الصُّلْحِ بِسَبِيلٍ . فَلَمْ يَجْعَلْهُ صُلْحًا ، وَلَمْ يُسَمِّ الْخِرْقَى الصُّلْحَ إِلَّا فِي حَالِ الْإِنْكَارِ . فَأَمَّا مَعَ الْاعْتِرَافِ ، فَإِنْ قَضَاهُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ،

إِخْدَاهَا ، أَنْ يَمْنَعَهُ حَقُّهُ بِدُونِهِ . فَالصُّلْحُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بَاطِلٌ ، قَوْلًا وَاحِدًا . الْإِنْصَافُ
وَالثَّانِيَةُ ، أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْبَاقِيَ أَوْ كَذَا . وَمَا أَشْبَهَهُ . فَالصُّلْحُ أَيْضًا فِي

(١) أخرجه البخاري ، في : باب التفاضل والملازمة في المسجد ، وباب رفع الصوت في المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخاري ١ / ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم ، في : باب استحباب الوضوء من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٩٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب حكم الحاكم في داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٠ . وابن ماجه ، في : باب الحبس في الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١١ . والدارمي ، في : باب في إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في ر ١ ، م : « لأحد » .

فهو وفاء ، وإن قضاه من غير جنسه ، فهو معاوضة ، وإن أبرأه من بعضه ، فهو إبراء ، وإن وهبه بعض العين ، فهو هبة ، فلا يسمى صلحا . وسماه القاضي وأصحابه صلحا . وهو قول الشافعي . والخلاف في التسمية ، [٨٣/٤ ظ] أما المعنى فمتفق عليه . وهو ينقسم إلى إبراء ، وهبة ، ومعاوضة ، وقد ذكرنا الإبراء . فأما الهبة ، فهو أن يكون له في يده عين ، فيقول : قد وهبتك نصفها وأعطيتني بقيتها . فيصح ، ويعتبر له شرط الهبة . وإن أخرجه مخرج الشرط ، لم يصح . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء ، جعل الهبة عوضا عن الوفاء ، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض . فإن أبرأه من بعض الدين ، أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح ، مثل أن يقول : صالحتني بنصف دينك علي ، أو ينصف دارك هذه . فيقول : صالحتك بذلك . لم يصح . ذكره القاضي وابن عقيـل . وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وقال أكثرهم : يجوز الصلح ؛ لأنه إذا لم يجز بلفظه ، خرج عن أن يكون صلحا ، ولا يبقى له تعلق به . أما إذا كان (١) بلفظ الصلح ، سمي صلحا ؛ لوجود اللفظ ، وإن تخلف المعنى ، كالهبة بشرط الثواب . وإنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض ، أما مع عدمه فلا . وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضا ، وقد يحصل هذا من غير عوض ، كالتمليك ، إذا كان بعوض سمي بيعا ، وإن خلا عن العوض سمي هبة . ولنا ، أن لفظ الصلح

هذه الصورة باطل . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، وقطع

(١ - ١) في م : « بلفظه » .

وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كَالْمُكَاتِبِ ، وَالْمَأْذُونِ لَهُ ، ^{المتنع} وَوَلِيُّ الْيَتِيمِ ، إِلَّا فِي حَالِ الْإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ .

^{الشرح الكبير} يَفْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قَالَ : صَالِحِي بِهَبَةِ كَذَا . أَوْ : عَلَى هَبَةِ كَذَا . أَوْ : عَلَى نِصْفِ هَذِهِ الْعَيْنِ . وَنَحْوَ هَذَا ، فَقَدْ أَضَافَ إِلَيْهِ بِالْمُقَابَلَةِ ، فَصَارَ كَقَوْلِهِ : بِعْنِي بِالْفِ . وَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ « عَلَى » جَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمْنِي حِجَجٍ ﴾ ^(١) . وَقَوْلِهِ : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ ^(٢) . وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ صَرَّحَ بِلَفْظِ الشَّرْطِ أَوْ بِلَفْظِ الْمُعَاوَضَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُسَمَّى صُلْحًا . مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سُمِّيَ صُلْحًا ، فَمَجَازٌ ؛ لِتَضَمُّنِهِ قَطْعَ ^(٣) النَّزَاعِ وَإِزَالَةَ الْخُصُومَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الصُّلْحَ لَا يَفْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ . مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا لَكِنَّ الْمُعَاوَضَةَ حَصَلَتْ مِنْ اقْتِرَانِ حَرْفِ الْبَاءِ ، أَوْ عَلَى ، أَوْ نَحْوَهُمَا بِهِ ، فَإِنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَحْتَاجُ إِلَى حَرْفٍ يَتَعَدَّى بِهِ ، وَذَلِكَ يَفْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ ، عَلَى مَا بَيَّنَّا .

١٨٦٦ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كَالْمُكَاتِبِ ، وَالْمَأْذُونِ لَهُ ، وَوَلِيُّ الْيَتِيمِ ، إِلَّا فِي حَالِ الْإِنْكَارِ وَعَدَمِ

به الأكثرُ . وقيل : يَصِحُّ الصُّلْحُ وَالْحَالَةُ هَذِهِ . ^{الإنصاف}

قوله : وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كَالْمُكَاتِبِ وَالْمَأْذُونِ لَهُ -

(١) سورة القصص ٢٧ .

(٢) سورة الكهف ٩٤ .

(٣) في ١ : دفع .

المقنع وَلَوْ صَالَحَ عَنِ الْمُؤَجَّلِ بِيَعْضِهِ حَالًا ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

الْبَيِّنَةُ (لَأَنَّهُ تَبَرَّعَ ، وَلَيْسَ لَهُمُ التَّبَرُّعُ . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالِدِّينِ بَيِّنَةً ^(١) ، أَوْ كَانَ عَلَى الْإِنْكَارِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَهُمُ الْبَعْضَ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنْ اسْتِيفَاءِ الْكُلِّ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهِ .

١٨٦٧ - مسألة : (وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُؤَجَّلِ بِيَعْضِهِ حَالًا ، لَمْ يَصِحَّ) كَرِهَ ذَلِكَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَقَالَ : نَهَى عُمَرُ أَنْ تُبَاعَ الْعَيْنُ بِالِدِّينِ . وَكَرِهَ ذَلِكَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقُ . [٥٨٤/٤] وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالنَّخَعِيُّ ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ

الإنصاف

وَنَحْوَهُمَا - إِلَّا فِي حَالِ الْإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ : هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ^(٢) ، بَلَا زِعَاعٍ فِيهِمَا .

وقوله : وَوَلَّى الْيَتِيمَ ، إِلَّا فِي حَالِ الْإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ . هُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ أَيْضًا . قَطَعَ بِهِ فِي « التَّرْغِيبِ » . فائدة : يَصِحُّ الصُّلْحُ عَمَّا ادَّعَى عَلَى ^(٣) مُوَلَّيِّهِ ، وَبِهِ بَيِّنَةٌ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ .

قوله : وَلَوْ صَالَحَ عَنِ الْمُؤَجَّلِ بِيَعْضِهِ حَالًا ، لَمْ يَصِحَّ . هَذَا الْمَذْهَبُ . نَقَلَهُ

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ط .

(٣) في الأصل ، ط : عليه .

وَأِنْ وَضَعَ بَعْضُ الْحَالِّ وَأَجَّلَ بَاقِيَهُ ، صَحَّ الْإِسْقَاطُ دُونَ التَّأْجِيلِ .
المقنع

الشرح الكبير به . وعن الحسن ، وابن سيرين ، أنهما كانا لا يريانِ بَأْسًا بِالْعُرُوضِ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنْ حَقِّهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَبَايَعَا الْعُرُوضَ بِمَا فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا بِشَمَنْ مِثْلِهَا . وَلَعَلَّ ابْنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بِأَنَّ التَّعْجِيلَ جَائِزٌ ، وَالْإِسْقَاطَ وَحْدَهُ جَائِزٌ ، فَجَازَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ فَعَلَا ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَأةٍ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْذُلُ الْقَدْرَ الَّذِي يَحُطُّهُ عَوَضًا عَنْ تَعْجِيلِ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَيَبِيعُ الْحُلُولَ وَالتَّأْجِيلَ لَا يَجُوزُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهِ عَشْرَةَ حَالَّةٍ بَعِشْرِينَ مُوَجَّلَةً ، وَلَأنَّهُ يَبِيعُهُ عَشْرَةَ بَعِشْرِينَ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَأةٍ وَلَا عَقْدٍ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَبَرِّعٌ بِبَذْلِ حَقِّهِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ ذَلِكَ جَوَازُهُ فِي الْعَقْدِ ، أَوْ مَعَ الشَّرْطِ ، كَبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا اشْتَرَى الْعُرُوضَ بِشَمَنْ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ عَنِ الْحُلُولِ عَوَضًا .

١٨٦٨ - مسألة : (وَأِنْ وَضَعَ بَعْضُ الْحَالِّ وَأَجَّلَ بَاقِيَهُ ، صَحَّ الْإِسْقَاطُ دُونَ التَّأْجِيلِ) إِذَا صَالَحَهُ عَنِ أَلْفٍ حَالٍ يَنْصِفُهَا مُوَجَّلًا ، اخْتِيَارًا

الإنصاف الجماعة عن أحمد ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وفي « الإرشاد » ، و « المنهج » ، رواية ، يصح . واختاره الشيخ تقي الدين ؛ لبراءة الذمة هنا ، وكذا في الكتابة . جزم به الأصحاب في دين الكتابة . ونقله ابن منصور . وهي مستثناة من عموم كلام المصنف .

قوله : وَأِنْ وَضَعَ بَعْضُ الْحَالِّ ، وَأَجَّلَ بَاقِيَهُ ، [١٢٨/٢ ط] صَحَّ الْإِسْقَاطُ دُونَ

منه وتبرُّعاً ، صَحَّ الإسقاطُ ، ولم يلزمِ التَّأجيلُ ؛ لأنَّ الحالَّ لا يَتَأَجَّلُ بالتَّأجيلِ ، على ما ذَكَرْنَا ، والإسقاطُ صَحِيحٌ . وإن فَعَلَهُ لَمَنَعَهُ مِنْ حَقِّهِ بِدُونِهِ ، أو شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْوَفَاءِ ، لم يَسْقُطْ ، على ما ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ . وذاكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي هَذَا رِوَايَتَيْنِ ، أَصَحُّهُمَا لَا يَصِحُّ . وما ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الشرح الكبير

التَّأجيلُ . أمَّا الإسقاطُ ؛ فَيَصِحُّ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . واختاره الْمُصَنِّفُ ، والشارحُ ، وغيرُهما . وجزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وعنه ، لَا يَصِحُّ الإسقاطُ . وأمَّا التَّأجيلُ ؛ فلا يَصِحُّ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وعليه الْأَصْحَابُ ؛ لِأَنَّهُ وَعَدٌ . وعنه ، يَصِحُّ . ذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رِوَايَةَ بَنَّا جِيلِ الْحَالِّ فِي الْمُعَاوَضَةِ ، لَا التَّبَرُّعِ . قال فِي « الْفُرُوعِ » : وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا هَذِهِ الرِّوَايَةُ . وَأُطْلِقَ فِي « التَّلْخِصِ » الرِّوَايَتَيْنِ فِي صِحَّةِ الصُّلْحِ . ثم قال : وَالَّذِي أَرَاهُ أَنَّ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْبَرَاءَةِ ؛ وَهُوَ الإسقاطُ . فَأَمَّا الْأَجَلُ فِي الْبَاقِي ، فلا يَصِحُّ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ وَعَدٌ . انتهى . واغْلَمْ أَنَّ أَكْثَرَ الْأَصْحَابِ قَالُوا : لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . وصَحَّحَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وجزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ . وقَدَّمَهُ نَاطِمٌ « الْمُفْرَدَاتِ » ، فقال :

الإنصاف

والدِّينُ إِنْ يُوصَفُ بِالْحُلُولِ	فَالصُّلْحُ لَا يَصِحُّ فِي الْمُنْقُولِ
عليه بِالْبَعْضِ مَعَ التَّأجيلِ	رَجَّحَهُ الْجُمْهُورُ بِالْأَجَلِ
وقال بِالْجَزْمِ بِهِ فِي « الْكَافِي »	وفَضَّلَ الْمُقْنِعُ لِلْخِلَافِ
فَصَحَّحَ الإسقاطَ دُونَ الْأَجَلِ	وَذَاكَ نَصُّ الشَّافِعِيِّ يَنْجَلِي

فائدة : مِثْلُ ذَلِكَ ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا ، لو صَالَحَهُ عَنْ مِائَةِ صِاحِرٍ بِخَمْسِينَ

وَأِنْ صَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَنِ دِيَةِ الْخَطَا ، أَوْ عَنْ قِيَمَةِ مُتْلَفٍ بِأَكْثَرٍ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَصَحَّ ، وَإِنْ صَالِحَهُ بَعَرَضٍ قِيَمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، صَحَّ فِيهِمَا .

الشرح الكبير

١٨٦٩ - مسألة : (وَإِنْ صَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَنِ دِيَةِ الْخَطَا ، أَوْ قِيَمَةِ مُتْلَفٍ بِأَكْثَرٍ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَصَحَّ) وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ عَوَضًا عَنِ الْمُتْلَفِ ، فَجَازَ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّ الدِّيَةَ وَالْقِيَمَةَ تَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ مُقَدَّرَةً ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهَا بِأَكْثَرٍ مِنْ جِنْسِهَا ، كَالثَّابِتَةِ عَنْ قَرْضٍ أَوْ ثَمَنِ مَبِيعٍ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا أَخَذَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، فَقَدْ أَخَذَ حَقَّهُ وَزِيَادَةً لَا مُقَابِلَ لَهَا ، فَيَكُونُ أَكْلَ مَالٍ بِالْبَاطِلِ .

١٨٧٠ - مسألة : (وَإِنْ صَالِحَهُ بَعَرَضٍ قِيَمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا) جَازٌ ؛

الإنصاف

مُكْسَرَةً ، هَلْ هُوَ إِبْرَاءٌ مِنَ الْخَمْسِينَ أَوْ وَعْدٌ فِي الْأُخْرَى ؟

قوله : وَإِنْ صَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بِأَكْثَرٍ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَنِ دِيَةِ الْخَطَا ، أَوْ عَنْ قِيَمَةِ مُتْلَفٍ بِأَكْثَرٍ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَصَحَّ . وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . واختار الشيخ تقي الدين الصُّحَّةُ فِي ذَلِكَ ، وَأَنَّهُ قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ كِعَوَضٍ ، وَكَالْمِثْلِيِّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُخْرَجُ عَلَى ذَلِكَ تَأْجِيلُ الْقِيَمَةِ . قَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَمَنْ تَبِعَهُمَا ، رَوَايَةً بِالصُّحَّةِ فِيمَا إِذَا صَالِحَ عَنِ الْمِائَةِ الثَّابِتَةِ بِالْإِتْلَافِ بِمِائَةٍ مُوَجَّلَةٍ .

قوله : وَإِنْ صَالِحَهُ بَعَرَضٍ قِيَمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، صَحَّ فِيهِمَا . بلا نزاع .

المقنع وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، أَوْ يَبْنِي لَهُ فَوْقَهُ غُرْفَةً ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير . لَأَنَّهُ يَبِيعُ .

فصل : ولو صالحَ عن المائة الثابتة بالإتلاف^(١) بمائةٍ مُوَجَّلَةٍ ، لم تَصِرْ مُوَجَّلَةً . وهذا قولُ الشافعي . وعن أحمد ، أَنَّهَا تَصِيرُ مُوَجَّلَةً . وهو قولُ أبي حنيفة ؛ لَأَنَّهُ عَاوَضَ عَنِ الْمُتْلَفِ بِمِائَةِ مُوَجَّلَةٍ ، فجاز ، كما لو باعَهُ إِيَّاهُ . ولنا ، أَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ قِيمَةُ [٨٤/٤] الْمُتْلَفِ ، وهو مائةٌ حَالَةٌ ، والحالُ لَا يَتَأَجَّلُ بِالتَّأْجِيلِ ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ بَيْعًا ، فهو بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وهو غيرُ جائزٍ .

١٨٧١ - مسألة : (وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، أَوْ يَبْنِي لَهُ فَوْقَهُ غُرْفَةً ، لَمْ يَصِحَّ) إِذَا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بَيْتًا ، فَصَالَحَهُ عَلَى بَعْضِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَبْنِي^(٢) فَوْقَهُ غُرْفَةً لَهُ ، أَوْ^(٣) عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ يُصَالِحُهُ مِنْ^(٣) مِلْكِهِ عَلَى مِلْكِهِ أَوْ مَنَفَعَتِهِ . وَإِنْ أَسْكَنَهُ كَانَ

الإنصاف فائدة : لو كانَ فِي ذِمَّتِهِ مِثْلِيًّا ، مِنْ قَرْضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَجْزُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهُ بِأَكْثَرِ مِنْهُ مِنْ جَنْبِهِ . وَإِنْ صَالَحَ عَنْ قِيمَةِ ذَلِكَ بِأَكْثَرِ مِنْهَا ، جازَ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ ، كَكَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِإِتْلَافٍ » .

(٢ - ٣) فِي م : « لَهُ ثُمَّ » .

(٣) فِي م : « عَنْ » .

وَأَنْ قَالَ : أَقْرَأْ لِي بِدَيْنِي ، وَأَعْطِيكَ مِنْهُ مِائَةً . فَفَعَلَ ، [١١٤] المفتح
صَحَّ الإِقْرَارُ ، وَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ .

الشرح الكبير

تَبَرُّعًا مِنْهُ ، مَتَى شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا . وَإِنْ أَعْطَاهُ بَعْضَ دَارِهِ بِنَاءً عَلَى هَذَا ،
فَمَتَى شَاءَ أَنْزَعَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَوَضًا عَمَّا لَا يَصْلُحُ عَوَضًا عَنْهُ .
وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْمُصَالَحَةِ ، مُعْتَقِدًا أَنَّ ذَلِكَ وَجِبَ عَلَيْهِ
بِالصُّلْحِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِأَجْرِ مَا تَسَكَّنَ وَأَجَرَ مَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ
أَخَذَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، فَأُشْبِهَ الْمَبِيعَ الْمَأْخُودَ^(١) بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، وَسُكِنِيَ الدَّارُ
بِإِجَارَةٍ فَاسِدَةٍ . وَإِنْ بَنَى فَوْقَ الْبَيْتِ غُرْفَةً ، أُجْبِرَ عَلَى نَقْضِهَا . وَإِذَا آجَرَ
السُّطْحَ مُدَّةً مُقَامِهِ فِي يَدَيْهِ^(٢) فَلَهُ^(٣) أَخْذُ آلِيهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُصَالِحَهُ
صَاحِبُ الْبَيْتِ عَنْ بِنَائِهِ بِعَوَضٍ ، جَازَ . وَإِنْ بَنَى الْغُرْفَةَ بِتُرَابٍ مِنْ أَرْضِ
صَاحِبِ الْبَيْتِ وَآلِيهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ بِنَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُ صَاحِبِ الْبَيْتِ .
فَإِنْ أَرَادَ نَقْضَ الْبِنَاءِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِذَا أَبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتَلَفُ
بِهِ . وَيَحْتَمِلُ^(٤) أَنْ يَمْلِكَ نَقْضُهُ ، كَقَوْلِنَا فِي الْغَاصِبِ .

١٨٧٢ - مَسْأَلَةٌ : (وَلَوْ قَالَ : أَقْرَأْ لِي بِدَيْنِي ، وَأَعْطِيكَ مِنْهُ مِائَةً .
فَفَعَلَ ، صَحَّ الإِقْرَارُ ، وَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ) لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الإِقْرَارُ بِمَا عَلَيْهِ
مِنَ الْحَقِّ ، فَلَمْ يَحِلَّ لَهُ أَخْذُ الْبِعُوضِ عَمَّا يَجِبُ عَلَيْهِ . فَعَلَى هَذَا ، يَرُدُّ

الإيضاح

(١) في م : الموجد .

(٢) في ر ، م : يده .

(٣) في النسخ : وله ، والمثبت كما في المغنى ١٦/٧ .

(٤) في ر ، ق ، م : يخرج .

المقنع وَإِنْ صَالِحَ إِنْسَانًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، أَوْ امْرَأَةً لَتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير مَا أَخَذَ ؛ لَأَنَّهُ تَبَيَّنَ كَذِبُهُ بِإِقْرَارِهِ ، وَأَنَّ الدَّيْنَ عَلَيْهِ ، فَلَزِمَهُ أَدَاؤُهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ .

١٨٧٣ - مسألة : (وَإِنْ صَالِحَ إِنْسَانًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، أَوْ امْرَأَةً لَتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ ، لَمْ يَصِحَّ) لَا يَصِحُّ^(١) الصُّلْحُ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ، مِثْلَ أَنْ يَدَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فَيُنْكِرُهُ ، فَيُصَالِحُهُ عَلَى مَا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، فَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لَأَنَّهُ يُحِلُّ حَرَامًا ، فَإِنَّ إِرْقَاقَ الْحُرِّ نَفْسَهُ لَا يُحِلُّ بِعَوَضٍ وَلَا بِغَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ صَالِحَ امْرَأَةً لَتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ ؛ لَأَنَّهُ صُلِّحَ يُحِلُّ حَرَامًا ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَتْ بَذْلَ نَفْسِهَا بِعَوَضٍ لَمْ يَجُزْ . فَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ عَوَضًا عَنْ هَذِهِ الدَّعْوَى لِيَكْفِ نَفْسَهُ عَنْهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ فِي الْإِنْكَارِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ لِاِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ، وَهَذِهِ لَا يَمِينَ عَلَيْهَا ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُ الْعَوَضَ فِي مُقَابَلَةِ حَقِّهِ الَّذِي يَدَّعِيهِ ، وَخُرُوجِ الْبُضْعِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ لَا قِيمَةَ لَهُ ، وَإِنَّمَا أُجِيزَ الْخُلْعُ لِلْحَاجَةِ إِلَى افْتِدَاءِ نَفْسِهَا . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُ [٨٥/٤] عَوَضًا عَنْ

الإصناف قوله : وَإِنْ صَالِحَ إِنْسَانًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، أَوْ امْرَأَةً لَتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ ، لَمْ يَصِحَّ .
بَلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ .

(١) فِي ر ، م : لَا يَجُوزُ .

وَأِنْ دَفَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْعُبُودِيَّةُ إِلَى الْمُدَّعَى مَا لَا صَلَاحًا عَنْ دَعْوَاهُ ،
صَحَّ .

الشرح الكبير

حَقُّهُ مِنَ النِّكَاحِ ، فَجَاز ، كَعَوَضِ الْخُلْعِ ، وَالْمَرْأَةُ تَبْدُلُهُ لِقَطْعِ خُصُومَتِهِ
وإِزَالَةِ شَرِّهِ ، وَرُبَّمَا تَوَجَّهَتِ الْيَمِينُ عَلَيْهَا لَكَوْنِ الْحَاكِمِ يَرَى ذَلِكَ ،
أَوْ ^(١) لِأَنَّهَا مَشْرُوعَةٌ فِي حَقِّهَا فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَمَتَى صَالَحَتْهُ عَلَى ^(٢)
ذَلِكَ ، ثُمَّ ثَبَّتَ الزَّوْجِيَّةُ بِإِقْرَارِهَا أَوْ بَيِّنَةٍ ، فَإِنْ قُلْنَا : الصُّلْحُ بَاطِلٌ .
فَالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الزَّوْجِ طَلَاقٌ وَلَا خُلْعٌ . وَإِنْ قُلْنَا :
هُوَ صَحِيحٌ . احْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَاحْتَمَلَ أَنْ تَبَيَّنَ مِنْهُ
^(٣) بِأَخْذِ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْعَوَضَ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ نِكَاحِهَا ، فَكَانَ
خُلْعًا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ فَخَالَعَهَا . وَلَوْ ادَّعَتْ أَنْ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا
ثَلَاثًا ، فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ لَتَنَزَلَ عَنْ دَعْوَاهَا ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهَا
بَذْلُ نَفْسِهَا لِمُطَلَّقِهَا بِعَوَضٍ وَلَا بغيرِهِ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ مَا لَا لِيُقِرَّ بِطَلَاقِهَا ،
لَمْ يَجْزُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ بَذَلَتْ لَهُ عَوَضًا
لِيُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا .

١٨٧٤ - مسألة : (وَإِنْ دَفَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْعُبُودِيَّةُ إِلَى الْمُدَّعَى مَا لَا
صُلَحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ) لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ عَبْدُهُ بِمَالٍ ، وَيُشْرَعَ لِلدَّافِعِ .

ومفهومُ قولِهِ : وَإِنْ دَفَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْعُبُودِيَّةُ إِلَى الْمُدَّعَى مَا لَا صُلَحًا عَنْ
الإنصاف

(١) فِي ١ ، م : ٥٥٠ .

(٢) فِي ١ : عَنْ ٤ .

(٣ - ٣) فِي م : « بِأَحَدِ الْعَوَضَيْنِ » .

لدفع اليمين الواجبة عليه ، والخضومة المتوجهة عليه^(١) .

الشرح الكبير

دعواه ، صح . أن المرأة لو دفعت مالا صلحا عن دعواه عليها الزوجية ، لم يصح . وهو أحد الوجهين ، وقدمه ابن رزين في « شرحه » . وهو ظاهر كلامه في « المذهب » ، و « الهداية » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ، وغيرهم . وكلامهم ككلام المصنف . والوجه الثاني ، يصح . ذكره أبو الخطاب ، وابن عقيل . وهو الصحيح . جزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الكافي » وغيره . وصححه في « النظم » وغيره . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويين » ، و « الفائق » . قال المصنف ، والشارح : ومتى صالحته على ذلك ،^(٢) ثم ثبتت الزوجية^(٣) بإقرارها ، أو بينة ؛ فإن قلنا : الصلح باطل . فالنكاح باق بحاله . وإن قلنا : هو صحيح . احتمل ذلك أيضا . قلت : وهو الصواب . واحتمل أن تبين منه بأخذ العوض عما يستحقه من نكاحها ، فكان خلعا . وأطلقهما في « الفروع » ، و « الفائق » ، و « شرح ابن رزين » .

الإصناف

فائدة : لو طلقها ثلاثا ، أو أقل ، فصالحها على مال ، لتترك^(٣) دعواها ، لم يجز . وإن دفعت إليه مالا ليقر بطلاقها ، لم يجز ، في أحد الوجهين . قلت : هذا الصحيح من المذهب . وفي الآخر ، يجوز ، كما لو بذلته ليطلقها ثلاثا . قلت : يجوز لها أن تدفع إليه ، ويخرم عليه أن يأخذ . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » .

(١) في ر ، ١ ، م : « إليه » .

(٢ - ٢) في ط : « ثبتت الزوجة » .

(٣) في ط : « لترك » .

النَّوعُ الثَّانِي ، أَنْ يُصَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بغيرِ جِنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ ، ^{المقنع} فَإِنْ كَانَ بِأَثْمَانٍ عَنْ أَثْمَانٍ ، فَهُوَ صَرْفٌ ، وَإِنْ كَانَ بغيرِ الْأَثْمَانِ ، فَهُوَ بَيْعٌ ، وَإِنْ كَانَ بِمَنْفَعَةٍ ، كَسُكْنَى دَارٍ ، فَهُوَ إِجَارَةٌ تَبْطُلُ بِتَلْفِ الدَّارِ ، كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ .

(النوعُ الثاني ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَنِ الْحَقِّ بغيرِ جِنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ) ^{الشرح الكبير} وذلك مثلُ أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بَعِيْنٌ فِي يَدِهِ ، أَوْ دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ يُعَوِّضُهُ عَنْ ذَلِكَ بِمَا يَجُوزُ تَعْوِيضُهُ بِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُقَرَّ لَهُ بِنَقْدٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى نَقْدٍ آخَرَ ، مِثْلُ أَنْ يُقَرَّ لَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَنْهَا بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، فَهَذَا صَرْفٌ ، يُشْتَرَطُ لَهُ شُرُوطُ الصَّرْفِ ، مِنْ التَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ وَنَحْوِهِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعُرُوضٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى أَثْمَانٍ ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، فَهَذَا بَيْعٌ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ . الثَّالِثُ ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى سُكْنَى دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا ، فَتَكُونُ إِجَارَةً ، لَهَا حُكْمُ سَائِرِ الْإِجَارَاتِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ

تَبْيِيهِ : قَوْلُهُ : النَّوعُ الثَّانِي ، أَنْ يُصَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بغيرِ جِنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ ، فَإِنْ كَانَ بِأَثْمَانٍ عَنْ أَثْمَانٍ ، فَهُوَ صَرْفٌ . يُشْتَرَطُ فِيهِ مَا يُشْتَرَطُ فِي الصَّرْفِ . وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ : وَإِنْ كَانَ بغيرِ الْأَثْمَانِ ، فَهُوَ بَيْعٌ . أَنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ بِلَفْظٍ : الصُّلْحُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي فِي « الْمَجْرَدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَفِي انْعِقَادِ الْبَيْعِ بِلَفْظِ الصُّلْحِ تَرَدَّدٌ ؛ يَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ . وَعَلَّلَهُمَا . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ .

وَأِنْ صَالَحَتِ الْمَرْأَةُ بَتْرُوجِ نَفْسِهَا ، صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ غَيْبٍ فِي مَبِيعِهَا ، فَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِغَيْبٍ ، رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ لَا بِمَهْرِهَا .

المقنع

الدَّارُ أَوِ الْعَبْدُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَرَجَعَ بِمَا صَالَحَ عَلَيْهِ^(١) . وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، وَرَجَعَ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ . وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ أُمَّتَهُ ، وَكَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، صَحَّ ، وَكَانَ الْمُصَالِحُ عَنْهُ صَدَاقُهَا . فَإِنْ انْفَسَخَ النِّكَاحُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِأَمْرِ يُسْقِطُ الصَّدَاقَ ، رَجَعَ الزَّوْجُ بِمَا صَالَحَ عَنْهُ . وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ بِنِصْفِهِ .

الشرح الكبير

١٨٧٥ - مسألة : (وَإِنْ صَالَحَتِ الْمَرْأَةُ بَتْرُوجِ نَفْسِهَا ، صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ غَيْبٍ فِي مَبِيعِهَا ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ بِغَيْبٍ ، رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ

فَالِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ دَيْنٍ بِغَيْرِ جَنْسِهِ مُطْلَقًا ، وَيَحْرُمُ بِجَنْسِهِ بِأَكْثَرِ أَوْ أَقَلِّ ، عَلَى سَبِيلِ الْمُعَاوَضَةِ . وَتَقْدَمُ قَرِيبٌ مِنْ ذَلِكَ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ صَالَحَ بِشَيْءٍ فِي الذَّمَّةِ ، حَرَّمَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ .

الإنصاف

قوله : وَإِنْ [١٢٩/٢] صَالَحَهُ بِمَنْفَعَةٍ ، كَسُكْنَى دَارٍ ، فَهُوَ إِجَارَةٌ ، تَبْطُلُ بِتَلَفِ الدَّارِ ، كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَذَكَرَ صَاحِبُ « التَّعْلِيلِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، لَوْ صَالَحَ الْوَرِثَةُ مَنْ وَصَّى^(٢) لَهُ بِخِدْمَةٍ أَوْ سُكْنَى ، أَوْ حَنْلٍ أُمَةٍ ، بِدَرَاهِمٍ مُسَمَّاةٍ ، جَازَ ، لَا يَبْعَا .

قوله^(٣) : وَإِنْ صَالَحَتِ الْمَرْأَةُ بَتْرُوجِ نَفْسِهَا ، صَحَّ ، فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ

(١) فِي ١ ، ق ، م ، : عَنْهُ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : رَضَى .

(٣) مِنْ هُنَا إِلَى قَوْلِهِ : فَحَمَدَتِ اللَّهُ عَلَى مَوَافَقَةِ ذَلِكَ . فِي آخِرِ الصَّفْحَةِ بَعْدَ التَّالِيَةِ لَيْسَ فِي الْأَصْلِ ، ط .

لا بِمَهْرٍ مِثْلِهَا) إِذَا اعْتَرَفَتْ [٨٥/٤] امْرَأَةٌ لِرَجُلٍ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ ، فَصَالَحْتَهُ عَلَى أَنْ تَزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، صَحَّ ، وَيَكُونُ صَدَاقًا لَهَا . فَإِنْ كَانَ الْمُعْتَرَفُ بِهِ عَيْنًا فِي مَبِيعِهَا ، فَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنٍ ، كِبْيَاضٍ فِي عَيْنِ الْعَبْدِ ظَلَّتْهُ عَمَى ، رَجَعَتْ بَأْرُشُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ صَدَاقُهَا ، فَرَجَعَتْ بِهِ لَا بِمَهْرٍ

عَيْنٍ فِي مَبِيعِهَا ، فَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنٍ ، رَجَعَتْ بَأْرُشُهُ لَا بِمَهْرٍ هَا . وَهَكَذَا رَأَيْتُ فِي نُسْخَةِ قُرَيْشٍ عَلَى الْمُصَنَّفِ ، وَالْمُصَنَّفُ مُنْسِكَ لِلْأَصْلِ ، وَعَلَيْهَا خَطُّهُ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « إِدْرَاكِ الْغَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍ » : فَبَانَ صَحِيحًا . وَفِي « مُنَوَّرِ الْآدَمِيِّ » ، وَ « مُتَّخِبِهِ » : فَبَانَ أَنْ لَا عَيْنَ . وَفِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : فَبَانَ بِخِلَافِهِ . وَعَلَيْهَا شَرْحُ الشَّارِحِ . فَمَفْهُومُ كَلَامِ هَؤُلَاءِ ، أَنَّهُ لَوْ كَانَ بِهِ عَيْنٌ حَقِيقَةً ، ثُمَّ زَالَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِالْأَرْضِ . قَالَ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ ، فِي « حَوَاشِي الْوَجِيزِ » : بَلَا خِلَافٍ . وَوُجِدَ فِي نُسْخَةٍ : فَزَالَ ، أَيْ الْعَيْنُ . وَكَذَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . فَظَاهِرُ كَلَامِ هَؤُلَاءِ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ بِهِ عَيْنٌ حَقِيقَةً ، ثُمَّ زَالَ ، كَالْحُمَّى مَثَلًا ، وَالْمَرَضِ ، وَنَحْوِهِمَا . لَكِنْ أَوَّلَهُ ابْنُ مُنَجِّي ، فِي « شَرْحِهِ » ، وَقَالَ : مَعْنَى زَالَ ، تَبَيَّنَ . وَذَكَرَ أَنَّهُ لِمَصْلَحَةٍ مَنْ أُذِنَ لَهُ فِي إِصْلَاحِهِ ، كَالنُّسْخَةِ الْأُولَى . وَمَثَلُهُ بِمَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ أُمَةً ظَنُّهَا حَامِلًا لَا نَتِفَاحَ بَطْنِهَا ، ثُمَّ زَالَ . وَقَالَ : صَرَّحَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » . ثُمَّ قَالَ : فَعَلَى هَذَا ، إِنْ كَانَ مَوْجُودًا ، أَيْ الْعَيْنُ ، عِنْدَ الْعَقْدِ ، ثُمَّ زَالَ ، كَمَبِيعِ طَيْرٍ مَرِيضًا ، فَتَعَافَى ، لَا شَيْءَ لَهَا . وَزَوَالَ الْعَيْنِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ حَالِ الْعَقْدِ ، لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الْأَرْضِ . لَكِنْ تَأْوِيلُهُ مُخَالَفٌ لظَاهِرِ اللَّفْظِ . وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا صَرَّحَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « النَّظْمِ » ؛ فَإِنَّهُمْ ذَكَرُوا الصُّورَتَيْنِ ،

مِثْلُهَا . فَإِنْ لَمْ يَزَلِ الْعَيْبُ ، وَلَكِنْ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِمَا يُسْقِطُ صَدَاقَهَا ،
رَجَعَ عَلَيْهَا بِأَرْضِهِ . الشرح الكبير

وَجَعَلُوا حُكْمَهُمَا وَاحِدًا . إِذَا تَحَقَّقَ ذَلِكَ ، فَهِنَا صُورَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ
لَيْسَ بِعَيْبٍ ؛ فَهَذِهِ لَا نِزَاعَ فِيهَا فِي رَدِّ الْأَرْضِ . الثَّانِيَةُ ، إِذَا كَانَ الْعَيْبُ مَوْجُودًا ،
ثُمَّ زَالَ ، فَهَذِهِ مَحَلُّ الْكَلَامِ وَالْخِلَافِ . فَحَكَى فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » فِيهَا وَجْهَيْنِ ،
وَزَادَ فِي « الْكُبْرَى » قَوْلًا ثَالِثًا ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ حَيْثُ زَالَ ، يَرُدُّ الْأَرْضَ . وَهُوَ الَّذِي
قَطَعَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ
قَوْلِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ لِاقْتِصَارِهِمْ عَلَى قَوْلِهِمْ :
فَزَالَ . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ، أَنَّ الْأَرْضَ قَدْ اسْتَقَرَّ لِمَنْ أَخَذَهَا ، وَلَوْ زَالَ الْعَيْبُ ، وَلَا يَلْزُمُهُ
رَدُّهُ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَا فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُقْنِعِ » ، فِي نُسخَةٍ ،
وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ
عَبْدُوسَ » ، وَ « الْمُنَوِّرِ » ، وَ « الْمُتَنَحِّبِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ؛
لِاقْتِصَارِهِمْ عَلَى قَوْلِهِمْ : فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْبٍ . اخْتَارَهُ ابْنُ مُنَجَّى . وَقَالَ ابْنُ نَصْرِ
اللَّهُ : لَا خِلَافَ فِيهِ . وَكَأَنَّهُ مَا أَطْلَعَ عَلَى كَلَامِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَلَنَا قَوْلُ ثَالِثٍ فِي الْمَسْأَلَةِ ، اخْتَارَهُ ابْنُ حَمْدَانَ فِي « الْكُبْرَى » ،
فَقَالَ : قُلْتُ : إِنْ زَالَ الْعَيْبُ ، وَالْعَقْدُ جَائِزٌ ، أَخَذَهُ ، وَإِلَّا فَلَا . انْتَهَى . قُلْتُ :
وَهُوَ أَقْرَبُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ ؛ وَزَادَ : إِذَا زَالَ سَرِيعًا عُرْفًا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَبَعْدَهُ الْقَوْلُ
بَعْدَمِ الرَّدِّ . وَالْقَوْلُ بِالرَّدِّ مُطْلَقًا ، إِذَا زَالَ الْعَيْبُ ، بَعِيدًا ؛ إِذْ لَا بُدَّ مِنْ حَدِّ يَرُدُّ فِيهِ ،
ثُمَّ وَجَدْتُهُ فِي « النَّظْمِ » قَالَ : إِذَا زَالَ سَرِيعًا . فَحَمَدْتُ اللَّهَ عَلَى مُوَافَقَةِ ذَلِكَ ^(١) .

(١) نهاية السقط .

وَأِنْ صَالَحَ عَمَّا فِي الذِّمَّةِ بِشَيْءٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ يَجْزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ
الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ بَدَلَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٧٦ - مسألة : (وَإِنْ صَالَحَ عَمَّا فِي الذِّمَّةِ بِشَيْءٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ
يَجْزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ بَدَلَيْنِ) وَقَدْ نَهَى الشَّارِعُ عَنْهُ .
فصل : وَإِنْ صَالَحَهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، صَحَّ ، وَكَانَتْ إِجَارَةً ، عَلَى
مَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ بَاعَ الْعَبْدَ فِي السَّنَةِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَيَكُونُ الْمُشْتَرَى مَسْلُوبَ
الْمَنْفَعَةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ، وَلِلْمُصَالِحِ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِهِ إِلَى انْقِضَاءِ السَّنَةِ ، كَمَا لَوْ
زَوَّجَ أَمَتَهُ ثُمَّ بَاعَهَا . وَإِنْ لَمْ^(١) يَعْلَمْ الْمُشْتَرَى بِذَلِكَ ، فَلَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ
غَيْبٌ . وَإِنْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، صَحَّ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ يَصِحُّ بَيْعُهُ ،
فَصَحَّ عِتْقُهُ كَغَيْرِهِ ، وَلِلْمُصَالِحِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ نَفْعَهُ فِي الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ
بَعْدَ أَنْ مَلَكَ مَنْفَعَتَهُ لغيرِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَعْتَقَ الْأَمَةَ الْمُزَوَّجَةَ لِحُرٍّ . وَلَا
يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى سَيِّدِهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مَا أَزَالَ مِلْكَهُ بِالْعِتْقِ إِلَّا عَنْ الرِّقَبَةِ ،
وَالْمَنَافِعِ حِينَئِذٍ مَمْلُوكَةٌ لغيرِهِ ، فَلَمْ تَتَلَفْ مَنْفَعُهُ بِالْعِتْقِ ، فَلَا يَرْجِعُ
بِشَيْءٍ ، وَلِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ زَمَنًا ،
أَوْ مَقْطُوعَ الْيَدَيْنِ ، أَوْ أَمَةً مُزَوَّجَةً . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَجْهًا
أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ اقْتَضَى
إِزَالَهَ مِلْكِهِ عَنِ الرِّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ جَمِيعًا ، فَلَمَّا لَمْ تَحْصُلِ الْمَنْفَعَةُ لِلْعَبْدِ
هَهُنَا ، فَكَانَتْ حَالُ بَيْنِهِ وَبَيْنَ مَنْفَعَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ إِعْتَاقَهُ لَمْ يُصَادِفْ لِلْمُعْتَقِ

الإنصاف

(١) سقط من : م .

سَوَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، فلم يُؤْثَرْ إِلَّا فِيهِ ، كما لو وصَّى لرجلٍ بِرَقَبَةِ عَبْدٍ وَلَا آخَرَ بِمَنْفَعَتِهِ ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الرَّقَبَةِ ، وكما لو أَعْتَقَ أُمَّةً مُزَوَّجَةً . قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ اقْتَضَى زَوَالَ الْمِلْكِ عَنِ الْمَنْفَعَةِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَقْتَضِي ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ ، أَمَا إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لِغَيْرِهِ فَلَا يَقْتَضِي إِعْتَاقَهُ إِزَالَةَ مَا لَيْسَ بِمَوْجُودٍ . وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَ مُسْتَحَقٌّ ، تَبَيَّنَ بُطْلَانُ الصُّلْحِ لِفَسَادِ الْعَوَضِ ، وَرَجَعَ الْمُدْعَى فِيمَا أَقَرَّ لَهُ بِهِ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَبْدَ مَعِيًّا عَيْنًا^(١) تَنَقَّصُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ الصُّلْحِ . وَإِنْ صَالَحَ عَلَى الْعَبْدِ عَيْنَهُ ، صَحَّ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيًّا كَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا ادَّعَى زَرْعًا فِي يَدِ رَجُلٍ ، فَأَقَرَّ لَهُ بِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى دَرَاهِمَ ، جَازَ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يُجَوِّزُ بَيْعَ الزَّرْعِ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبَيْعِ . فَإِنْ كَانَ [٨٦/٤] الزَّرْعُ فِي يَدِ رَجُلَيْنِ ، فَأَقَرَّ لَهُ أَحَدُهُمَا بِنِصْفِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ اسْتِدَادِ حَبِّهِ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الصُّلْحُ مُطْلَقًا أَوْ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، لَمْ يَجْزْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْنُهُ . وَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ ، لَمْ يَجْزْ أَيْضًا ؛ لَكَوْنِهِ لَا يُمَكِّنُهُ قَطْعُهُ إِلَّا بِقَطْعِ زَرْعِ الْآخَرِ . وَلَوْ كَانَ الزَّرْعُ لَوَاحِدٍ ، فَأَقَرَّ لِلْمُدْعَى بِنِصْفِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَنْهُ بِنِصْفِ الْأَرْضِ ، لِيَصِيرَ الزَّرْعُ كُلُّهُ لِلْمُقَرَّرِ ، وَالْأَرْضُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ جَازَ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ كُلَّهُ لِلْمُقَرَّرِ ، فَجَازَ شَرْطُ قَطْعِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ فِي الزَّرْعِ مَا لَيْسَ

(١) سقط من : الأصل .

وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ
مَعْرِفَتَهُ لِلْحَاجَةِ .

الشرح الكبير

بِمَبِيعٍ ، وهو النِّصْفُ الذي لم يُقَرَّرْ به ، وهو في النِّصْفِ الباقي له ، فلا
يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِهِ ، كما لو شَرَطَ قَطْعَ زَرْعٍ آخَرَ فِي أَرْضٍ أُخْرَى . وَإِنْ
صَالَحَهُ عَنْهُ ^(١) بِجَمِيعِ الْأَرْضِ بِشَرْطِ الْقَطْعِ لِيُسَلِّمَ الْأَرْضَ إِلَيْهِ فَارِغَةً ،
صَحَّ ؛ لِأَنَّ قَطْعَ جَمِيعِ الزَّرْعِ مُسْتَحَقٌّ نِصْفُهُ بِحُكْمِ الصُّلْحِ ، وَالْبَاقِي
لِتَقْرِيبِ الْأَرْضِ ، فَأُمَكِّنَ الْقَطْعُ . وَإِنْ كَانَ إِفْرَارُهُ بِجَمِيعِ الزَّرْعِ ،
فَصَالَحَهُ مِنْ نِصْفِهِ عَلَى نِصْفِ الْأَرْضِ ؛ لِتَكُونَ الْأَرْضُ وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا
نِصْفَيْنِ ، وَشَرْطَا الْقَطْعِ فِي الْجَمِيعِ ، اخْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ شَرَطَا
قَطْعَ كُلِّ الزَّرْعِ وَتَسْلِيمَ الْأَرْضِ فَارِغَةً . وَاخْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ بَاقِيَ الزَّرْعِ
لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، فَلَا يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِهِ فِي الْعَقْدِ .

١٨٧٧ - مسألة : (وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ ، إِذَا كَانَ
مِمَّا لَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ لِلْحَاجَةِ) يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ ، سَوَاءً كَانَ
عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي الرَّجُلِ يُصَالِحُ

الإنصاف

قوله : وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ
لِلْحَاجَةِ . وَسَوَاءً كَانَ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، أَوْ كَانَ الْجَهْلُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، أَوْ مِمَّنْ عَلَيْهِ .
وَهَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي . وَابْنُ عَقِيلٍ ،

(١) فِي ١ ، ق ، م ، : مِنْهُ .

عن الشيء : فإن عِلِمَ أنه أَكْثَرُ منه ، لم يَجْزُ إِلَّا أن يُوقَّه^(١) عليه ، إِلَّا أن يكونَ مَجْهُولًا لا يَدْرِي ما هو . ونَقَلَ عنه عبدُ الله ، إذا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بِقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وَطُحِنَا ، فإن عَرَفَ قِيَمَةَ دَقِيقِ الحِنْطَةِ ودَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بَيْعَ هذا ، وأُعْطِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيَمَةَ مَالِهِ ، إِلَّا أن يَصْطَلِحَا على شيءٍ وَيَتَحَالَا . وقال ابنُ أبي موسى : الصُّلْحُ الجَائِزُ هو صُلْحُ الزَّوْجَةِ مِنْ صَدَاقِهَا الذي لا بَيِّنَةَ لها به ، ولا عِلْمَ لها ولا للوَرَثَةِ بِمَبْلَغِهِ ، وكذلك الرِّجْلَانِ تكونُ بَيْنَهُمَا المُعَامَلَةُ والحِسَابُ الذي قد مَضَى عليه الزَّمَنُ الطَّوِيلُ ، لا عِلْمَ لكلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بما عليه لصاحِبِهِ ، فيجوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهُمَا ، وكذلك مَنْ عليه حَقٌّ لا عِلْمَ له بِقَدْرِهِ ، جاز أن يُصَالِحَ عليه ، وسواءٌ كان صاحِبُ الحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقِّهِ ولا بَيِّنَةَ له ، أو^(٢) لا عِلْمَ له . ويقولُ القَابِضُ : إن كان لي عليك حَقٌّ ، فأنْتَ مِنْهُ في حِلٍّ . ويقولُ الدَّافِعُ : إن كنتَ أَخَذْتَ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّكَ ، فأنْتَ مِنْهُ في حِلٍّ . وقال الشافعيُّ : لا يَصِحُّ الصُّلْحُ [٨٦/٤ ط] على مَجْهُولٍ ؛ لِأَنَّهُ فَرُعُ البَيْعِ ، والبَيْعُ لا يَصِحُّ على مَجْهُولٍ .

وقطع به كثيرٌ منهم . وخرَّج^(٣) القاضي ، في « التَّعليقِ » ، وأبو الخطَّابِ ، في « الانْتِصارِ » ، وغيرُهما ، عَدَمَ الصُّحَّةِ في صُلْحِ المَجْهُولِ ، والإنكارِ مِنَ البراءَةِ مِنَ المَجْهُولِ . وخرَّجَه في « التَّبَصُّرَةِ » مِنَ الإِبْرَاءِ مِنْ غَيْبٍ لم يَعْلَمَا به . وقيل :

(١) في ر ، ق : « يوافقهُ » .

(٢) في الأصل ، م : « أو » .

(٣) في الأصل ، ط : « فأخرج » .

وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، « أَنَّهُ قَالَ ^(١) فِي رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا فِي مَوَارِيثَ دَرَسَتْ : « اسْتَهَمَا ، وَتَوَخَّيَا ^(٢) ، وَلِيَحْلِلْ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ » . رَوَاهُ أَحْمَدُ بِمَعْنَاهُ ^(٣) . وَهَذَا صَلَاحٌ عَلَى الْمَجْهُولِ ، وَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ ، فَصَحَّ فِي الْمَجْهُولِ ، كَالْعَتَاقِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ الصُّلْحُ مَعَ الْعِلْمِ وَإِمْكَانِ أَدَاءِ الْحَقِّ بَعَيْنِهِ ، فَلَأَن يَصِحَّ مَعَ الْجَهْلِ أَوْلَى ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا ، فَلَهُمَا طَرِيقٌ إِلَى التَّخْلُصِ ، وَبَرَاءَةٌ أَحَدِهِمَا مِنْ صَاحِبِهِ بِذَوْنِهِ ، وَمَعَ الْجَهْلِ لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ ، فَلَوْ لَمْ يَجْزِ الصُّلْحُ ، أَفْضَى إِلَى ضَيَاعِ الْمَالِ ، عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مَالٌ ^(٤) لَا يَعْرِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرَ حَقِّهِ مِنْهُ . وَلَا نُسَلِّمُ كَوْنَهُ فَرْعَ بَيْعٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبْرَاءٌ . وَإِنْ سَلَّمْنَا كَوْنَهُ فَرْعَ بَيْعٍ ، فَإِنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ فِي الْمَجْهُولِ عِنْدَ الْحَاجَةِ ، كَبَيْعِ أُسَاسَاتِ الْحِيطَانِ ، وَطَيِّ الْأَبَارِ ، وَمَا مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ ، وَلَوْ أَتَلَفَ رَجُلٌ صُبْرَةَ طَعَامٍ لَا يَعْلَمُ قَدْرَهَا ، فَقَالَ صَاحِبُ الطَّعَامِ لِمُتْلِفِهِ : بَعْتُكَ الطَّعَامَ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ بِهَذَا الدَّرْهِمِ ^(٥) .

لَا يَصِحُّ عَنْ أَغْيَانٍ مَجْهُولَةٍ ؛ لَكَوْنِهِ إِبْرَاءً ، وَهِيَ لَا تَقْبَلُهُ . وَقَالَ ^(٦) فِي « التَّرْغِيبِ » : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ . وَاخْتَارَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَقَالَ : قَالَ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ الْكَبِيرِ » .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في ر ، ر : « تَوَخَّيَا » .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٥٧/١١ .

(٤) في الأصل : « مَا » .

(٥) في ر : « الدَّرَاهِمِ » . وفي را : « أَلْفَ دَرْهِمٍ » .

(٦) في الأصل ، ط : « قَالَ » .

أو : بهذا الثوب . صَحَّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فمَتَى كان العَوَضُ في الصُّلْحِ .
مِمَّا لَا يَخْتِاجُ إِلَى تَسْلِيمِهِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، كَالْمُخْتَصِمِينَ فِي
مَوَارِيثَ دَارِسَةٍ ، وَحُقُوقٍ سَالِفَةٍ ، أَوْ فِي أَرْضٍ أَوْ عَيْنٍ مِنَ الْمَالِ لَا يَعْلَمُ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(١) قَدَرَ حَقِّهِ فِيهَا^(٢) ، صَحَّ الصُّلْحُ مَعَ الْجَهَالَةِ مِنَ
الْجَانِبَيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى . وَإِنْ كَانَ مِمَّا^(٣) يَخْتِاجُ إِلَى
تَسْلِيمِهِ ، لَمْ يَجْزُ مَعَ الْجَهَالَةِ ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْعِلْمِ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ وَاجِبٌ ،
وَالْجَهَالَةُ تَمْنَعُهُ وَتَقْضِي إِلَى التَّنَازُعِ ، فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الصُّلْحِ .

فصل : فَأَمَّا مَا يُمَكِّنُهُمَا مَعْرِفَتَهُ ، كَثَرَكَةِ مَوْجُودَةٍ ، أَوْ يَعْلَمُهُ الَّذِي
هُوَ عَلَيْهِ وَيَجْهَلُهُ صَاحِبُهُ ، فَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَيْهِ مَعَ الْجَهْلِ . قَالَ أَحْمَدُ :
إِنْ صُولِحَتْ امْرَأَةٌ مِنْ^(٤) ثُمْنِهَا ، لَمْ يَصِحَّ . وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ شُرَيْحٍ : أَيُّمَا
امْرَأَةٍ صُولِحَتْ مِنْ ثُمْنِهَا ، لَمْ يَتَبَيَّنْ لَهَا مَا تَرَكَ زَوْجُهَا ، فَهِيَ الرِّيْبَةُ كُلُّهَا .
قَالَ : وَإِنْ وَرَثَ قَوْمٌ مَالًا وَدُورًا وَغَيْرَ ذَلِكَ ، فَقَالُوا لِبَعْضِهِمْ : نُخْرِجُكَ

تَنْبِيهِ : مَفْهُومُ كَلَامِهِ ، أَنَّهُ إِذَا أُمَكَّنَ مَعْرِفَةَ الْمَجْهُولِ ، لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنْهُ .
وَهُوَ صَحِيحٌ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ ، كَالْبَيْعِ . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : وَهُوَ ظَاهِرٌ نَصُوصِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْإِرْشَادِ » وَغَيْرِهِ .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ر ، م .

(٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « عن » .

فصل : القسم الثاني ، أن يدعى عليه عينا أو ديناً ، فينكره ثم المنع

الشرح الكبير

من الميراث بألف درهم . أكره ذلك . ولا يشتري منها شيئاً^(١) وهي لا تعلم ، لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ، ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو ، إنما يصلاح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينهما ، فيصالحه ، أو يكون رجل يعلم ما له عند رجل ، والآخر لا يعلمه فيصالحه ، فأما إذا علم فلم يصلاحه ، إنما يريد أن يهضم حقه ، ويذهب به . وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم ، وإزالة المنازعات^(٢) ، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة ، فلم يصح كالبيع .

[٨٧/٤] فصل : قال الشيخ ، رضي الله عنه : (القسم الثاني ، أن يدعى عليه عينا أو ديناً ، فينكره ثم يصلاحه على مال ، فيصح ، ويكون

والذي قدمه في « الفروع » ، أنه كبراءة من مجهول . قال في « التلخيص » : الإيناف وقد نزل أصحابنا الصلح عن المجهول المقرر به بمعلوم منزلة الإبراء من المجهول ، فيصح على المشهور ؛ لقطع النزاع . وإن قلنا : لا يصح الإبراء من المجهول . فلا يصح الصلح عنه .

فائدة : حيث قلنا : يصح الصلح عن المجهول . فإنه يصح بتقدي ونسيئة . جزم به في « الفروع » ، وغيره من الأصحاب .

قوله : القسم الثاني ، أن يدعى عليه عينا ، أو ديناً ، فينكره - أو يسكت - ثم

(١) في ق : « شيء » .

(٢) في را ، ر ، ق : « المنازعة » . وفي م : « الخصام » .

يُصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ ، فَيَصِحَّ ، وَيَكُونُ بَيْعًا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، حَتَّى
إِنْ وَجَدَ بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ [١١٤ ظ] وَفَسَخُ الصُّلْحِ .

بَيْعًا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، حَتَّى إِنْ وَجَدَ بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسَخُ الصُّلْحِ (الصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ صَحِيحٌ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَاوَضَ عَمَّا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ، فَلَمْ تَصَحَّ الْمُعَاوَضَةُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ خَلَا عَنْ الْعَوَضِ فِي أَحَدِ جَانِبَيْهِ ، فَبَطَلَ ، كَالصُّلْحِ عَلَى حَدِّ الْقَذْفِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ » ^(١) . فَيَدْخُلُ هَذَا فِي عُمُومِهِ . فَإِنْ قَالُوا : فَقَدْ قَالَ : « إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا » . وَهَذَا دَاخِلٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَحَلَّ بِالصُّلْحِ . قُلْنَا : لَا نَسْلَمُ دُخُولَهُ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا ذَكَرُوهُ ؛ لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَنَّ هَذَا يُوجَدُ ^(٢) فِي الصُّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يُحِلُّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ الصُّلْحُ بِمَعْنَى الْهَبَةِ ، فَإِنَّهُ يُحِلُّ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ مَا كَانَ حَرَامًا عَلَيْهِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ لَوْ حَلَّ بِهِ الْمُحَرَّمُ ، لَكَانَ الصُّلْحُ صَحِيحًا ؛

يُصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ ، فَيَصِحَّ ، وَيَكُونُ بَيْعًا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، حَتَّى إِنْ وَجَدَ بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا ، فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسَخُ الصُّلْحِ ، وَإِنْ كَانَ شِقَاقًا مَشْفُوعًا ، ثَبَّتَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ - وَإِنْ صَالَحَ بَعْضُ الْعَيْنِ الْمُدَّعَى بِهَا ، فَهُوَ كَالْمُنْكَرِ . قَالَ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي

(١) تقدم تخرجه في صفحة ١٢٣ .

(٢) في ق ، م : « يؤخذ » .

فَإِنَّ الصُّلْحَ الْفَاسِدَ لَا^(١) يُحِلُّ الْحَرَامَ ، وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ^(٢) مَا يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى تَنَاوُلِ الْمُحَرَّمِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى تَحْرِيمِهِ ، كَمَا لَوْ صَالَحَهُ عَلَى اسْتِرْقَاقِ حُرٍّ ، أَوْ إِخْلَالِ بُضْعٍ مُحَرَّمٍ ، أَوْ صَالَحَهُ بِخَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ ، وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَعَلَى أَنَّهُمْ لَا يَقُولُونَ بِهَذَا ، فَإِنَّهُمْ يُبَيِّحُونَ لِمَنْ لَهُ حَقٌّ يَجْحَدُهُ غَرِيمُهُ ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدَرِهِ ، أَوْ دُونَهُ . فَإِذَا حَلَّ لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ وَلَا عَلَيْهِ ، فَلَا أَنْ يَحِلَّ بِرِضَاهُ وَبَذَلِهِ أَوَّلَى . وَكَذَلِكَ إِذَا حَلَّ مَعَ اعْتِرَافِ الْعَرِيمِ ، فَلَا أَنْ يَحِلَّ مَعَ جَحْدِهِ وَعَجْزِهِ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى حَقِّهِ إِلَّا بِذَلِكَ أَوَّلَى ، وَلَأنَّ الْمُدَّعَى هَهُنَا يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ^(٣) يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُ ، وَلِقَطْعِ الْخُصُومَةِ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِ ذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ ، وَلَأنَّه صُلْحٌ يَصِحُّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ ، فَصَحَّ مَعَ الْخُضْمِ ، كَالصُّلْحِ مَعَ الْإِقْرَارِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ مَعَ غِنَاهُ عَنْهُ ، فَلَا أَنْ يَصِحَّ مَعَ الْخُضْمِ مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ أَوَّلَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . قُلْنَا : فِي حَقِّهِمَا أَوْ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ؟ الْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ ، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّهِ مِنَ الْمُتَكَبِّرِ لِعَلِّمِهِ بَثُوتِ حَقِّهِ

« الْفُرُوعِ » : وَفِيهِ خِلَافٌ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى^(٤) » : فَهُوَ كَالْمُنْكَرِ . وَفِي صِحَّتِهِ اخْتِمَالَانِ - وَيَكُونُ إِبْرَاءً فِي حَقِّ الْآخَرِ ، فَلَا يُرَدُّ مَا صَالَحَ عَنْهُ بَغْيٍ ، وَلَا

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « منعناه » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : ط .

عنده ، فهو معاوضة في حقه ، والمنكر يعتقده أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ، ويخلصه من شر المدعى ، فهو أبرأ في حقه ، وغير [٨٧/٤ ظ] ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كما لو اشترى عبداً شهد بخرئته ، فإنه يصح ، ويكون معاوضة في حق البائع ، واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري ، كذا ههنا . إذا ثبت هذا ، فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعى معتقداً أن ما ادعاه حق ، والمدعى عليه يعتقده أنه لا حق عليه ، فيدفع إلى المدعى شيئاً ، افتدائه ليمينه ، وقطعاً للخصومة ، وصيانةً لنفسه عن التبذل وحضور

يؤخذ بشفعة . اعلم أن الصحيح من المذهب ، صحة الصلح على الإنكار ، وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم . وعنه ، لا يصح الصلح عن الإنكار . فعلى المذهب ، يثبت فيه ما قال المصنف ، وعليه الأصحاب . لكن قال في « الإرشاد » : يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة . لأن المدعى ملجأ إلى التأخير بتأخير خصمه . قال في « التلخيص » ، و « الترغيب » : وظاهر ما ذكره ابن أبي موسى ، أن أحكام البيع والصرف لا تثبت في هذا الصلح ، إلا فيما يختص بالبيع ؛ من شفعة عليه ، وأخذ زيادة ، مع اتحاد جنس المصالح عنه والمصالح به ؛ لأنه قد أمكنه أخذ حقه بدونها ، وإن تأخر . واقتصر صاحب « المحرر » على قول أحمد : إذا صالحه على بعض حقه بتأخير ، جاز . وعلى قول ابن أبي موسى : الصلح جائز بالنقد والنسيئة . ومعناه ذكره أبو بكر ؛ فإنه قال : الصلح بالنسيئة . ثم ذكر رواية ههنا ، يستقيم أن يكون صلحاً بتأخير ، فإذا أخذه منه ، لم يطالبه بالبقية . انتهى . قلت : ممن قطع بصحة صلح الإنكار بنقد ونسيئة ؛ ابن حمدان ، في « الرعاية » ،

وَأِنْ كَانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَّتَ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، وَيَكُونُ إِبْرَاءً فِي حَقِّ الْآخِرِ ، فَلَا يَرُدُّ مَا صَالَحَ عَنْهُ بِعَيْبٍ ، وَلَا يُؤْخَذُ بِشُفْعَةٍ .

الشرح الكبير

مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، فَإِنَّ ذَوِي الْأَنْفُسِ الشَّرِيفَةِ يَضْعُبُ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ ، وَيَرَوْنَ دَفْعَ ضَرَرِهَا عَنْهُمْ مِنْ أَكْثَرِ الْمَصَالِحِ ، وَالشَّرْعُ لَا يَمْنَعُهُمْ مِنْ وَقَايَةِ أَنْفُسِهِمْ وَصِيَانَتِهَا ، وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُمْ بِبَذْلِ أَمْوَالِهِمْ ، وَالْمُدَّعَى يَأْخُذُ ذَلِكَ عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ الَّذِي يَعْتَقِدُ ثُبُوتَهُ ، فَلَا يَمْنَعُهُ الشَّرْعُ مِنْ ذَلِكَ ، سَوَاءً كَانَ الْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسٍ حَقِّهِ «أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ» ، بِقَدْرِ حَقِّهِ أَوْ دُونِهِ . فَإِنْ أَخَذَ مِنْ جِنْسٍ حَقِّهِ بِقَدْرِهِ فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقِّهِ ، وَإِنْ أَخَذَ دُونَهُ فَقَدْ اسْتَوْفَى وَتَرَكَ بَعْضَهُ ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسٍ حَقِّهِ فَقَدْ أَخَذَ عَوَضَهُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ جِنْسٍ حَقِّهِ أَكْثَرَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ لَا مُقَابِلَ لَهُ ، فَيَكُونُ ظَالِمًا بِأَخْذِهِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ جَازٍ ، وَيَكُونُ بَيْعًا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ؛ لِإِعْتِقَادِهِ أَخْذَهُ عَوَضًا فَيَلْزِمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ وَجَدَ بِمَا أَخْذَهُ عَيْبًا ، فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ الصُّلْحِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا فَوَجَدَهُ مَعِيْبًا .

١٨٧٨ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَّتَ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، وَيَكُونُ إِبْرَاءً فِي حَقِّ الْآخِرِ ، فَلَا يَرُدُّ مَا صَالَحَ ^(١) عَنْهُ بِعَيْبٍ ، وَلَا يُؤْخَذُ بِشُفْعَةٍ) إِذَا كَانَ الَّذِي أَخْذَهُ الْمُدَّعَى شِقْصًا فِي دَارٍ أَوْ عَقَارٍ ، وَجَبَتْ فِيهِ

وَذَكَرَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْحَاوِثَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، عَنْ الْإِنصَافِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَاقْتَصَرُوا عَلَيْهِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في ر ، ق ، م : « صلح » .

وَمَتَّى كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا بِكَذِبِ نَفْسِهِ ، فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ فِي حَقِّهِ ،
وَمَا أَخَذَهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ .

الشُّفْعَةُ ؛ لَأَنَّهُ يُقَرُّ أَنَّ الذِّي أَخَذَهُ عَوَضًا ، فهو كما لو اشتراه ، ويكون إبراءً
في حَقِّ الْمُنْكَرِ ؛ لَأَنَّهُ دَفَعَ الْمَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ ، لَا (١)
عَوَضًا عَنْ حَقِّ يَعْتَقِدُهُ ، فَيَلْزِمُهُ أَيْضًا حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ وَجَدَ بِالصُّلْحِ
عَنْهُ عَيًّا ، لَمْ يَرْجَعْ بِهِ عَلَى الْمُدَّعَى ؛ لِاعْتِقَادِهِ أَنَّهُ مَا أَخَذَهُ عَوَضًا . وَإِنْ
كَانَ شِقْصًا لَمْ تَثْبُتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لَأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ عَلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يَزَلْ ، وَمَا
مَلَكَهُ بِالصُّلْحِ . وَلَوْ دَفَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِلَى الْمُدَّعَى مَا ادَّعَاهُ أَوْ بَعْضَهُ ،
لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُ الْبَيْعِ ، وَلَا تَثْبُتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ
اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ ، وَأَخَذَ عَيْنَ مَالِهِ ، مُسْتَرْجِعًا لَهَا مِمَّنْ هِيَ عَنْده ، فَلَمْ
يَكُنْ يَبِيعًا ، كَاسْتِرْجَاعِ الْعَيْنِ الْمَعْصُوبَةِ .

١٨٧٩ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا بِكَذِبِ نَفْسِهِ ، فَالْصُّلْحُ
بَاطِلٌ فِي حَقِّهِ ، وَمَا أَخَذَهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ) مَتَّى عَلِمَ أَحَدُهُمَا كَذِبَ نَفْسِهِ ،
كَمَنْ ادَّعَى شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَوْ أَنْكَرَ حَقًّا يَعْلَمُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ
فِي الْبَاطِلِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى [٨٨/٤] إِذَا كَانَ كَاذِبًا ، فَمَا يَأْخُذُهُ أَكْلٌ لِلْمَالِ
بِالْبَاطِلِ ، أَخَذَهُ بَشْرَهُ وَظُلْمِهِ ، لَا عَوَضًا عَنْ حَقِّ ، فَيَكُونُ حَرَامًا عَلَيْهِ ،
كَمَنْ خَوَّفَ رَجُلًا بِالْقَتْلِ حَتَّى أَخَذَ مَالَهُ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَعْلَمُ

(١) في الأصل : « لأنه » .

وَأِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُتَكِرِّرِ أَجْنَبِيٍّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، صَحَّ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ
فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

صِدْقُ الْمُدَّعِي وَجَحْدُهُ لِيَنْتَقِصَ حَقُّهُ أَوْ يُرْضِيَهِ عَنْهُ بِشَيْءٍ ، فَهُوَ هَضْمٌ
لِلْحَقِّ ، وَأَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ حَرَامًا ، وَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ، وَلَا
يَحِلُّ لَهُ مَالُ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ . هَذَا حُكْمُ الْبَاطِنِ ، وَأَمَّا الظَّاهِرُ لَنَا فَهُوَ
الصَّحَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ بَاطِنَ الْحَالِ ، إِنَّمَا يَنْبَنِي الْأَمْرُ عَلَى الظَّاهِرِ ، وَالظَّاهِرُ
مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِينَ الصَّحَّةُ . وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ وَدِيعَةً ، أَوْ قَرْضًا ، أَوْ
تَقْرِيطًا فِي وَدِيعَةٍ أَوْ مُضَارَبَةٍ ، فَأَنْكَرَ ، وَاضْطَلَحَا ، صَحَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

١٨٨٠ - مسألة : (فَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُتَكِرِّرِ أَجْنَبِيٍّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، صَحَّ ،
وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ) إِذَا صَالَحَ عَنِ الْمُتَكِرِّرِ أَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ،
سَوَاءً اعْتَرَفَ لِلْمُدَّعِي بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ أَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ ، وَسَوَاءً كَانَ بِإِذْنِهِ أَوْ

قوله : وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُتَكِرِّرِ أَجْنَبِيٍّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، صَحَّ . إِذَا صَالَحَ عَنِ الْمُتَكِرِّرِ
أَجْنَبِيٍّ ؛ فَتَارَةً يَكُونُ الْمُدَّعَى بِهِ دَيْنًا ، وَتَارَةً يَكُونُ عَيْنًا ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ دَيْنًا ،
صَحَّ الصُّلْحُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ ، وَجَزَمَ (أَبُو الْأَكْثَرُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْفُرُوعِ » .
وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ لَغَيْرِ الْمَدْيُونِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَإِنْ
كَانَ عَيْنًا ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّ الْمُتَكِرِّرَ وَكَّلَهُ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، صِحَّةُ
الصُّلْحِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّبٍ » . وَقَدَّمَهُ
فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَدَّعِ أَنَّهُ وَكَّلَهُ . جَزَمَ بِهِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

بغير إذنه . وقال أصحاب الشافعي : إنما يصح إذا اعترف للمدعي^(١) بصدقه . وهذا مبني على صلح المنكر ، وقد ذكرناه . ثم لا يخلو الصلح أن يكون عن دين أو عين ؛ فإن كان عن دين ، صح ، سواء كان بإذن المنكر ، أو بغير إذنه ؛^(٢) لأن قضاء الدين عن غيره جائز بإذنه وبغير إذنه^(٣) فإن علياً وأبا قتادة ، قضيا عن الميت ، فأجازته النبي ﷺ . وإن كان الصلح عن عين بإذن المنكر ، فهو كالصلح منه ؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل . وإن كان بغير إذنه ، فهو افتداء للمنكر من الخصومة ، وإبراء له من الدعوى ، وذلك جائز . وفي الموضعين ، إذا صالح عنه بغير إذنه ، لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أدائه . وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين ، فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه . وهذا الترخيع لا يصح ؛ لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ، ولا يلزمه أدائه إلى المدعي ، فكيف يلزمه أدائه إلى غيره ؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه ، فكان متبرعاً ، كما لو تصدق عنه . ومن قال برجوعه ، فإنه يجعله

الإنصاف في « المحرر » ، و « الحاويتين » ، وهو ظاهر ما جزم به ابن رزين في « نهایته » . وأطلقهما في « الفروع » .

قوله : ولم يرجع عليه ، في أصح الوجهين . قال في « الخلاصة » : لا يصح في الأصح . وصححه ابن منجي في « شرحه » . قال في « الرعاية الكبرى » :

(١) في الأصل ، ر ١ ، م : « المدعي » .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريج قصتهما في صفحة ٩ .

وَأِنْ صَالِحَ الْأَجْنَبِيِّ لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، غَيْرَ مُعْتَرَفٍ ^{المقنع}

الشرح الكبير
كالمُدَّعِي فِي الدَّعْوَى عَلَى الْمُنْكَرِ ، أَمَّا أَنَّهُ يَجِبُ لَهُ الرَّجُوعُ بِمَا أَذَاهُ ^(١) حَتْمًا ، فَلَا وَجْهَ لَهُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يَجِبُ لِمَنْ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ أَنْ يَقُومَ مَقَامَ صَاحِبِ الدَّيْنِ ، وَصَاحِبُ الدَّيْنِ هَهُنَا لَمْ يَجِبْ لَهُ حَقٌّ ، وَلَا لَزِمَ الْأَدَاءُ إِلَيْهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ جَوَازِ الدَّعْوَى ، فَكَذَلِكَ هَذَا . وَيُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ الدَّعْوَى أَنْ يَعْلَمَ صِدْقَ الْمُدَّعِي ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ دَعْوَى شَيْءٍ لَا يَعْلَمُ ثُبُوتَهُ .

١٨٨١ - مسألة : (وَإِنْ صَالِحَ الْأَجْنَبِيِّ لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ

الإنصاف
أَظْهَرُهُمَا ، لَا يَرْجِعُ . وَاخْتَارَهُ فِي « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛ فَإِنَّهُ [١٢٩/٢ ط] قَالَ : وَرَجَعَ إِنْ كَانَ أَذِنَ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَرْجِعُ إِنْ نَوَى الرَّجُوعَ ، وَإِلَّا فَلَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَمَنْ تَبِعَهُ : وَخَرَّجَهُ الْقَاضِي ^(٢) ، وَأَبُو الْخَطَّابِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فِيمَا ^(١) إِذَا قَضَى دَيْنَهُ الثَّابِتَ بغيرِ إِذْنِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : سَوَ هَذَا التَّخْرِيجُ لَا يَصِحُّ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَالتَّخْرِيجُ بَاطِلٌ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَإِنْ صَالِحَ الْأَجْنَبِيِّ لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، غَيْرَ مُعْتَرَفٍ بِصِحَّةِ

(١) فِي م : « ادْعَاه » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ط .

المقنع بصِحةِ الدَّعْوَى ، أَوْ مُعْتَرِفًا بِهَا عَالِمًا بِعَجْزِهِ عَنِ اسْتِنْقَاذِهَا ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ ظَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ ، صَحَّ . ثُمَّ إِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فسخِ الصُّلْحِ وَإِمْضَائِهِ .

الشرح الكبير له ، غير مُعْتَرِفٍ بِصِحةِ [٨٨/٤] الدَّعْوَى ، أَوْ مُعْتَرِفًا بِهَا عَالِمًا بِعَجْزِهِ عَنِ اسْتِنْقَاذِهَا ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ ظَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ ، صَحَّ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ ^(١) فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فسخِ الصُّلْحِ وَإِمْضَائِهِ إِذَا صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ الْمُدَّعَى لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونِ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَعْتَرِفَ لِلْمُدَّعَى بِصِحةِ دَعْوَاهِ أَوْ لَا ، فَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ لَهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرِي مِنْهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ، وَلَمْ يَتَوَجَّهْ إِلَيْهِ خُصُومَةٌ يَفْتَدِي مِنْهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكٌ غَيْرِهِ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحةِ دَعْوَاهِ ، وَكَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يَقْدِرُ الْبَائِعُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ^(٢) ، وَلِأَنَّهُ يَبِيعُ لِلدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَصِحُّ . وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ الْمَقْرَّبَ مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ لَا يَصِحُّ ، فَبَيْعُ دَيْنٍ فِي ذِمَّةٍ مُنْكَرٌ مَعْجُوزٌ عَنْ قَبْضِهِ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا ، فَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعَى : أَنَا أَعْلَمُ أَنَّكَ

الإنصاف الدَّعْوَى ، أَوْ مُعْتَرِفًا بِهَا ، عَالِمًا بِعَجْزِهِ عَنِ اسْتِنْقَاذِهَا ، لَمْ يَصِحَّ . إِذَا لَمْ يَعْتَرِفِ الْأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعَى بِصِحةِ دَعْوَاهِ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ، بَلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحةِ الدَّعْوَى ، وَكَانَ الْمُدَّعَى بِهِ دَيْنًا ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « تسلمه » .

صَادِقٌ ، فَصَالِحِيهَا ، فَإِنِّي قَادِرٌ عَلَى اسْتِنْقَازِهَا مِنَ الْمُتَكِرِّ . فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكَهُ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى قَبْضِهِ ، ثُمَّ إِنْ قَدَّرَ عَلَى أَخْذِهِ ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وَإِنْ عَجَزَ ، كَانَ لَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ إِلَى بَدَلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي هُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى قَبْضِهِ مَعْدُومٌ حَالِ الْعَقْدِ ، فَكَانَ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدَهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ آبَقٌ ، أَوْ مَيِّتٌ . وَلَوْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ اسْتِنْقَاذُهُ ، لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يُمَكِّنُهُ قَبْضُهُ ، فَأُشْبِهَ شِرَاءَ الْعَبْدِ الْآبِقِ . فَإِنْ اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ عاجِزٌ عَنْ قَبْضِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَهُ مُمَكِّنٌ ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَنَاوَلَ مَا يُمَكِّنُ قَبْضَهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَا ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا يَظُنُّ أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ أَنَّهُ عَبْدٌ غَيْرُهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ بِالْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَبَيْنَ مَنْ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ يَعْتَقِدُ فُسَادَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فَكَانَ بَيْعُهُ فَاسِدًا ، لِكَوْنِهِ مُتْلَاعِبًا بِقَوْلِهِ مُعْتَقِدًا فُسَادَهُ ، وَمَنْ لَا يَعْلَمُ يَعْتَقِدُهُ صَحِيحًا ، وَقَدْ تَبَيَّنَ اجْتِمَاعُ شُرُوطِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَهُ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ .

المذهب ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ : يَصِحُّ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » : الْإِنْصَافُ : وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ . قَالَ ابْنُ مُنَجَّى فِي « شَرْحِهِ » : وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ عَيْنًا ، فَقَالَ الْأَجَنِبِيُّ لِلْمُدَّعَى : أَنَا أَعْلَمُ أَنَّكَ صَادِقٌ ، فَصَالِحِيهَا ، فَإِنِّي قَادِرٌ عَلَى اسْتِنْقَازِهَا مِنَ الْمُتَكِرِّ . صَحَّ الصُّلْحُ . قَالَ الْأَصْحَابُ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ انْتِزَاعِهِ ،

فصل : فَإِنْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعَى : أَنَا وَكِيلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي مُصَالَحَتِكَ عَنْ هَذِهِ الْعَيْنِ ، وَهُوَ مُقَرَّرٌ لَكَ بِهَا ، وَإِنَّمَا يَجْحَدُهَا فِي الظَّاهِرِ . فظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّ الصُّلَحَ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَجْحَدُهَا فِي الظَّاهِرِ لِيَتَّقِصَ الْمُدَّعَى بَعْضَ حَقِّهِ ، أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَهُوَ هَاضِمٌ لِلْحَقِّ ، مُتَوَصِّلٌ إِلَى أَخْذِ الْمُصَالِحِ عَنْهُ بِالظُّلْمِ وَالْعُدْوَانِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ (١) شَافَهُهُ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : أَنَا أَعْلَمُ صِحَّةَ دَعْوَاكَ ، وَأَنْ هَذَا لَكَ ، لَكِنْ لَا أُسَلِّمُهُ [٥٨٩/٤] إِلَيْكَ ، وَلَا أَقِرُّكَ بِهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ حَتَّى تُصَالِحَنِي مِنْهُ عَلَى بَعْضِهِ ، أَوْ عَوِضٍ عَنْهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالُوا : ثُمَّ يَنْظُرُ إِلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ عَلَى ذَلِكَ ، مَلَكَ الْعَيْنَ ، وَرَجَعَ الْأَجْنَبِيُّ عَلَيْهِ بِمَا أَدَّى عَنْهُ ، إِنْ كَانَ أُذِنَ فِي الدَّفْعِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْإِذْنَ فِي الدَّفْعِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ مَنْ قَضَى دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ أَنْكَرَ الْوَكَاةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَلَيْسَ لِلْأَجْنَبِيِّ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُحْكَمُ لَهُ بِمِلْكِهَا فِي الظَّاهِرِ . فَأَمَّا حُكْمُ مِلْكِهَا فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنْ كَانَ وَكَّلَ الْأَجْنَبِيُّ فِي الشِّرَاءِ ، فَقَدْ مَلَكَهَا ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِإِذْنِهِ ، فَلَا يَقْدَحُ أَنْكَارُهُ فِي مِلْكِهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ ثَبَتَ قَبْلَ أَنْكَارِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ ظَالِمٌ بِالْإِنْكَارِ لِلْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ كَانَ لَمْ يُوَكِّلْهُ ، لَمْ يَمْلِكْهَا ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لَهُ عَيْنًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ

فله الفسخُ ، كما قال الْمُصَنِّفُ هُنَا . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » : وَيُحْكَى أَنَّهُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلَحَ كَانَ فَاسِدًا . وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَغَيْرِهِمَا ، فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَوْ صَالَحَ

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

فَصْلٌ : يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِدِيَاتٍ وَبِكُلِّ مَا يَثْبُتُ مَهْرًا .

الشرح الكبير

على إجازته ، كما قلنا في مَنْ اشْتَرَى لغيره شيئاً بغيرِ إِذْنِهِ بِثَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ مَلَكُهُ وَالْأَلْزَمُ مَنْ اشْتَرَاهُ . وَإِنْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعَى : قَدْ عَرَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ صِحَّةَ دَعْوَاكَ ، وَهُوَ يَسْأَلُكَ أَنْ تُصَالِحَهُ عَنْهُ ، وَقَدْ وَكَّلَنِي فِي الْمُصَالَحَةِ عَنْهُ . صَحَّ ، وَكَانَ الْحُكْمُ كَمَا ذَكَرُوهُ ؛ لِأَنَّهُ هَهُنَا لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ أَدَائِهِ ، بَلْ اعْتَرَفَ بِهِ ، وَصَالَحَ عَلَيْهِ ، مَعَ بَذْلِهِ لَهُ^(١) ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ لَمْ يَجْحَدْهُ .

فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِدِيَاتٍ وَبِكُلِّ مَا يَثْبُتُ مَهْرًا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الصُّلْحَ يَجُوزُ عَنْ كُلِّ مَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ، سِوَاءِ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ أَوْ لَا يَجُوزُ ، فَيَصِحُّ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، وَسُكْنَى الدَّارِ ، وَعَيْبِ الْمَيْعِ . وَمَتَى صَالَحَ عَمَّا يُوجِبُ الْقِصَاصَ بِأَكْثَرِ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ أَقَلِّ ، جَازَ . وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ الْحَسَنَ وَالْحُسَيْنَ

الإنصاف

الْأَجْنَبِيُّ ؛ لِيَكُونَ الْحَقُّ لَهُ ، مَعَ تَصَدِيقِهِ الْمُدَّعَى ، فَهُوَ شِرَاءُ دَيْنٍ أَوْ مَعْصُوبٍ . تَقَدَّمَ بَيَانُهُ . وَكَذَا قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَ« الْحَاوِي » ، وَ« الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ الصَّوَابُ ، وَالَّذِي تَقَدَّمَ فِي آخِرِ بَابِ السَّلَامِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَيَجُوزُ بَيْعُ الدِّينِ الْمُسْتَقَرِّ لِمَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ .

قوله : وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِدِيَاتٍ ، وَبِكُلِّ مَا يَثْبُتُ مَهْرًا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ،

(١) سقط من : م .

وسعيد بن العاص^(١) بذلوا للذي وجب له القصاص على هذبة بن خشرم^(٢) سبع ديات ، فأبى أن يقبلها . ولأن المال غير متعين ، فلا يقع العوض في مقابله . فإن صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا ، رجع بقيمته في قول الجميع . وإن خرج حرا فذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية ؛ لأن الصلح فاسد . فيرجع ببذل ما صالح عنه ، وهو الدية . ولنا ، أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا ، فراجع في قيمته ، كما لو خرج مستحقا . فإن صالحه عن القصاص بحرر يعلمان حرته ، أو عبد يعلمان أنه مستحق ، أو تصالحا بذلك عن غير القصاص ، رجع بالدية وبما صالح عنه ؛ لأن الصلح باطل يعلمان بطلانه ، فكان وجوده كعدمه .

و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : لا يصح بثمنهم من أعيان مختلفة . وقال في « الرعاية الكبرى » : ويحتمل منع صحة الصلح بأكثر منها . قال أبو الخطاب ، في « الانتصار » : لا يصح الصلح ؛ لأن الدية تجب بالعمو والمصالحاة ، فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس . وقال في « الترغيب » ، و « التلخيص » : يصح بما يزيد على قدر الدية ، إذا قلنا : يجب القود عيناً . أو

(١) سعيد بن العاص بن سعيد بن العاص بن أمية القرشي الأموي ، أبو عثمان ، كان له يوم مات النبي ﷺ تسع سنين ، قتل أبوه يوم بدر ، من فصحاء قريش ، كان ممن ندبه عثمان لكتابة القرآن ، ولي الكوفة ، وولي المدينة لمعاوية ، مات في قصره بالعقيق سنة ثلاث وخمسين . الإصابة ١٠٧/٣ - ١٠٩ .

(٢) هذبة بن خشرم بن كرز ، من بادية الحجاز ، شاعر فصيح مرتجل ، وكان راوية الخطيئة ، قتل رجلا من بني رقاش ، في خبر طويل ، قتل نحو ستة خمسين للهجرة . انظر الأعلام ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

فصل : ولو صالح عن^(١) دارٍ أو عبْدٍ [٨٩/٤ ط] بعوضٍ ، فخرجَ
العوضُ مُستَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ في الدَّارِ وما صالحَ عنه ، وبقِيَمَتِه إن كان
تَالِفًا^(٢) ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هُنَا يَبْعُ في الحَقِيقَةِ ، فإذا تَبَيَّنَ أَنَّ العِوَضَ كان
مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، كان البَيْعُ فاسِدًا ، فَرَجَعَ فيما كان له ، بخِلَافِ الصُّلْحِ
عن القِصَاصِ ، فَإِنَّهُ ليس بْبَيْعٍ ، وإِنَّمَا يَأْخُذُ عِوَضًا عن إسْقَاطِ
القِصَاصِ . ولو اشْتَرَى شيئًا فَوَجَدَهُ مَعِيًّا فصَالَحَهُ عن عِيِهِ بَعْدَ ، فبان
مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ بأَرْشِ العَيْبِ .

اختاره الوليُّ ، على القولِ بِوجوبِ أَحَدِ^(٣) شَيْئَيْنِ . وقيل : الاختِيَارُ يَصِحُّ على غيرِ
 جِنْسِ الدِّيَةِ ، ولا يَصِحُّ على جِنْسِهَا إِلَّا بَعْدَ تَعْيِينِ الجِنْسِ ؛ مِنْ إِبِلٍ أو غَنَمٍ ؛
 حَذَرًا مِنْ رَبَا النَّسِيقَةِ ، وَرَبَا الْفَضْلِ . انتهى . وتَابَعَهُ في « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،
 و « الفَائِقِ » ، وَجَمَاعَةٌ . وَيَأْتِي التَّنْبِيهُ على ذلك في أوائلِ بَابِ الْعَفْوِ عنِ
 الْقِصَاصِ ، وَتَقَدَّمَ الصُّلْحُ عن دِيَةِ الْخَطَا ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بِأَكْثَرِ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا .

فوائد ؛ الأولى ، قال في « الفروع » : وظاهرُ كلامِهِمْ ، يَصِحُّ حَالًا
وَمَوْجَلًا . وَذَكَرَهُ صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » . قلتُ : قال في « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » :
وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عنِ الْقَوْدِ بِمَا يُثْبِتُ مَهْرًا ، وَيَكُونُ حَالًا في مالِ الْقَاتِلِ . الثَّانِيَّةُ ،
لو صالحَ عنِ الْقِصَاصِ بَعْدَ أو غَيْرِهِ ، فخرجَ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَعَ بَقِيَمَتِهِ ،

(١) في ر : « على » .

(٢) في ر ، م : « بالغا » .

(٣) في ط : « أخذ » .

وَلَوْ صَالِحٌ سَارِقًا لِيُطْلَقَهُ ، أَوْ شَاهِدًا لِيَكْتُمَ شَهَادَتَهُ ، أَوْ شَفِيعًا عَنْ شُفْعَتِهِ ، أَوْ مَقْذُوفًا عَنْ حَدِّهِ ، لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ ، وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . وَفِي الْحَدِّ وَجْهَانِ .

١٨٨٢ - مسألة : (ولو صالح سارقاً ليطلقه ^(١) ، أو شاهداً ليكتم شهادته ، أو شافعياً عن شفاعته ، أو مقذوفاً عن حدِّه ، لم يصح الصلح ، وتسقط الشفعة . وفي الحد وجهان) إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه إلى السلطان ، لم يصح الصلح ، ولا يجوز أخذ العوض عنه ؛ لأن ذلك ليس بحق له ^(٢) ، فلم يجوز له ^(٣) أخذ العوض عنه ،

ولو علماً كونه مستحقاً أو حرّاً ، أو كان مجهولاً ، كدارٍ وشجرةٍ ، بطلت التسمية ، ووجب الدية ، أو أرض الجرح . وإن صالح على حيوانٍ مطلقٍ ، من آدميٍّ وغيره ، صحَّ ووجب الوسط . على الصحيح من المذهب . وخرج بطلانه . الثالثة ، لو صالح عن دارٍ ونحوها بعوضٍ ، فبان العوض مستحقاً ، رجع بالدار ونحوها ، أو بقيمته إن كان تالفاً ؛ لأن الصلح هنا بيع حقيقة ^(٤) ، إذا كان الصلح عن إقرارٍ . وإن كان عن إنكارٍ ، رجع بالدعوى ^(٥) . قال في « الرعاية » : قلت : أو قيمته مع الإنكار . وحكاها في « الفروع » قولاً ؛ لأنه فيه بيع .

قوله : وإن صالح سارقاً - وكذا شارباً - ليطلقه ، أو شاهداً ليكتم شهادته - أو لئلا يشهد عليه ، أو ليشهد بالزور - أو شافعياً عن شفاعته ، أو مقذوفاً عن حدِّه ، لم يصح الصلح . بلا نزاع . وكذا لو صالحه بعوضٍ عن خيارٍ .

(١) في م : « ليطلقه » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٥) زيادة من : ١ .

كسائر ما لا حَقَّ له فيه . وإن صالَحَ شاهِدًا لِيَكُنَّ شَهَادَتُهُ ، لم يَصَحَّ ؛
لأنَّه لا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه
بِحَقِّ تَلْزَمٍ^(١) الشَّهَادَةُ به ، كدَيْنٍ لآدَمِيٍّ ، أو حَقِّ اللَّهِ تعالى لا يَسْقُطُ
بالشُّبْهَةِ ، كالزَّكَاةِ ونحوها ، فلا يَجُوزُ كِتْمَانُهُ ، ولا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ
عن ذلك ، كما لا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ على^(٢) شُرْبِ الْخَمْرِ . الثاني ، أن
يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه بالزُّورِ ، فهذا يَجِبُ عليه تركُ ذلك ، ويَحْرُمُ
عليه فِعْلُهُ ، فلم يَجْزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنه ، كما لا يَجُوزُ أن يُصَالِحَهُ على أن
لا يَقْتُلَهُ ، ولا يَعْصِبَ مَالَهُ . الثالث ، أن يُصَالِحَهُ على أن لا يَشْهَدَ عليه

قوله : وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . هذا المذهبُ ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قال في
« الرَّعَايَتَيْنِ » : وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ فِي الْأَصَحِّ . قال في « الْحَاوِيَيْنِ » : وَتَسْقُطُ فِي أَصَحِّ
الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ،
و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ،
وَابْنُ عَقِيلٍ . قال في « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : وَتَسْقُطُ فِي وَجْهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » [١٣٠/٢] ، و « الْفَائِقِ » . وَيَأْتِي ذَلِكَ أَيْضًا فِي
كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الشُّفْعَةِ ، فِي الشَّرْطِ الثَّلَاثِ . وَأَمَّا سَقُوطُ حَدِّ الْقَذْفِ ؛
فَأُطْلِقَ الْمُصَنِّفُ فِيهِ وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ،
و « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُمَا مَبْنِيَّانِ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ عَلَى أَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَا يَلْزَمُهُ » . وَفِي م : « تَلْزَمُهُ » .

(٢) فِي ر ، ق ، م : « عَنْ » .

بما يُوجبُ حَدَّ الزَّنى والسَّرِقَةِ ، فلا يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عنه ؛ ^(١)لأنَّ ذلك ^(٢)ليس بِحَقٍّ له . وإنْ صَالَحَ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه حَقٌّ شُرِعَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِلدَّفْعِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فإذا رَضِيَ بِالْإِتِمَامِ الضَّرَرِ ، سَقَطَ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ ، ولم يَجْزُ أَخْذُ ^(٣)الْعِوَضِ عنه ؛ لأنَّه ليس بِمَالٍ ، فهو كَحَدِّ الْقَذْفِ . وإنْ صَالَحَهُ عَنْ حَدِّ الْقَذْفِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إِنْ كَانَ ^(٤)لِللَّهِ تَعَالَى ، لم يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عِوَضَهُ ، لَكُونَهُ لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ ، فَأُشْبِهَ حَدَّ الزَّنى والسَّرِقَةِ ، وإنْ كَانَ حَقًّا لَهُ ، لم يَجْزُ الْإِعْتِيَاظُ عَنْهُ ؛ لَكُونَهُ حَقًّا لَيْسَ بِمَالٍ ، ولهذا لَا يَسْقُطُ إِلَى بَدَلٍ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ ، ولأنَّه شُرِعَ لِتَبَرُّثِهِ ^(٥)الْعِرْضِ ، فلا يَجُوزُ أَنْ يَعْتَاضَ عَنْ عِرْضِهِ بِمَالٍ . وهل يَسْقُطُ بِالصُّلْحِ فِيهِ ؟ يَنْبَغِي عَلَى الْخِلَافِ فِي كَوْنِ حَدِّ الْقَذْفِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لَادَمِيٍّ ؛ فَإِنْ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، لم يَسْقُطْ بِصُلْحِ الْآدَمِيِّ وَلَا إِسْقَاطِهِ ، كَحَدِّ الزَّنى . وَإِنْ كَانَ حَقًّا لَادَمِيٍّ ، سَقَطَ بِصُلْحِهِ وَإِسْقَاطِهِ ، كَالْقِصَاصِ [٩٠/٤] .

هل هو حقٌّ لله أَوْ لِلْآدَمِيِّ ؟ وفيهِ رَوَايَتَانِ ، يَأْتِيَانِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي أَوَائِلِ بَابِ الْقَذْفِ . فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ حَقٌّ لِلَّهِ . لم يَسْقُطْ ، وَلَا اسْقَطَ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ حَقٌّ لِلْآدَمِيِّ ، فَيَسْقُطُ الْحَدُّ هُنَا . عَلَى الصَّحِيحِ . وَقَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» : وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ فِي الْأَصَحِّ . وَكَذَا الْخِلَافُ فِي سَقُوطِ

(١ - ١) فِي م : «لأنَّه» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : «حَدًّا» .

(٤) فِي ق ، م : «لِتَبَرُّثِهِ» .

وَأِنْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُجْرَى عَلَى أَرْضِهِ أَوْ سَطْحِهِ مَاءٌ مَعْلُومًا ،
صَحَّ .

الشرح الكبير

١٨٨٣ - مسألة : (وإن صالحه على ^(١) أن يُجرى على أرضه أو
سطحه ماء معلومًا ، صح) إذا صالح رجلًا على موضع قناة من أرضه
يُجرى فيها ماء ، وبيننا موضعها وعرضها وطولها ، جاز ؛ لأن ذلك بيع
لموضع من أرضه ، فلا حاجة إلى بيان عمقه ، لأنه إذا ملك الموضع كان
له إلى تخومه ^(٢) ، فله أن يترك ^(٣) فيه ما شاء . وإن صالحه على إجراء الماء
في ساقية من أرض رب الأرض ، مع بقاء ملكه عليها ، فهو إجارة
للأرض ، يشترط له تقدير المدة . فإن كانت الأرض في يد رجل
بإجارة ، جاز له أن ي صالح رجلًا على إجراء الماء فيها في ساقية مخفورة
مدة لا تجاوز مدة الإجارة . وإن لم تكن الساقية مخفورة ، لم يجر أن
ي صالحه على ذلك ؛ لأنه لا يجوز إحداث ساقية في أرض في يده بإجارة .
فإن كانت الأرض في يده وقفًا عليه ، فقال القاضى : هو

الإنصاف

حد القذف . وقيل : إن جعل حق آدمي ، سقط ، وإلا وجب .

قوله : وإن صالحه على أن يُجرى على أرضه أو سطحه ماء معلومًا ، صح . بلا
نزاع أعلمه ، لكن إذا صالحه بعوض ؛ فإن كان مع بقاء ملكه ، فهي إجارة ،
وإلا بيع . وإن صالحه على موضع قناة من أرضه يُجرى فيها ماء ، وبيننا موضعها

(١) سقط من : ر ، م .

(٢) التخوم ، بالضم : الفصل بين الأرضين من المعالم والحدود .

(٣) في ق : « ينزل » .

كالمُسْتَأْجِرِ^(١) ، له أن يُصَالِحَ على إجراءِ الماءِ في سَاقِيَةٍ^(٢) مَحْفُورَةٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، وليس له أن يَحْفَرَ فيها^(٣) سَاقِيَةً^(٤) ؛ لَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، إِنَّمَا يَسْتَوْفِي مَنَفَعَتَهَا ، كالأَرْضِ الْمُسْتَأْجَرَةِ . وهذا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قال شيخُنَا^(٥) : والأوَّلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ حَفْرُ السَّاقِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَهُ ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهَا كَيْفَمَا شَاءَ ، مَا لَمْ يَنْتَقِلِ الْمِلْكُ فِيهَا إِلَى غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ الْمُسْتَأْجِرِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، فَكَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَأْجِرِ إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي الْحَفْرِ . فَإِنْ مَاتَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، فَهَلْ لِمَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَسَخُ الصُّلْحِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا آجَرَهُ مُدَّةً ، فَمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا^(٦) . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ فَسَخُ الصُّلْحِ . فَفَسَخَهُ ، رَجَعَ الْمُصَالِحُ عَلَى وَرَثَةِ الَّذِي صَالَحَهُ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ . رَجَعَ مَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الْوَقْفُ عَلَى الْوَرَثَةِ .

وَعَرَضَهَا وَطَوَّلَهَا ، جَازَ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى بَيَانِ عُمُقِهِ^(٧) ، وَيُعْلَمُ قَدْرُ الْمَاءِ بِتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، وَمَاءٍ مَطَرٍ ، بِرُؤْيَا مَا يَزُولُ عَنْهُ الْمَاءُ وَمِسَاحَتِهِ ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ تَقْدِيرُ مَا يَجْرِي فِيهِ الْمَاءُ ، لَا قَدْرُ الْمُدَّةِ لِلْحَاجَةِ كَالنِّكَاحِ .

(١) بعده في م : « يجوز » .

(٢ - ٣) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في : المعنى ٢٦/٧ .

(٥) في م : « أثناء المدة » .

(٦) يياض في : الأصل ، ط .

فصل : فإن صالح رجلاً على إجراء ماءٍ سطحيه من المطر على سطحيه ،
 «أو في أرضه عن سطحيه»^(١) ، أو في أرضه عن أرضه ، جاز ، إذا كان ما
 يجري ماؤه معلوماً ؛ إما بالمُشاهدة ، وإما بمعرفة المساحة ؛ لأن الماء
 يختلف بصغر السطح وكبره ، ولا يمكن ضبطه بغير ذلك . ويشترط
 معرفة الموضع الذي يجري منه الماء إلى السطح ؛ لأن ذلك يختلف .
 ولا يفتقر إلى ذكر مدة ؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، ويجوز العقد على
 المنفعة في موضع الحاجة غير مُقدر بمدة ، كما في التكاثر . ولا يملك
 صاحب الماء مجراه ؛ لأن هذا لا يستوفي به منافع المجرى دائماً ، ولا
 في أكثر المدة ، بخلاف الساقية . ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في
 [٩٠/٤] الساقية لا يحتاج إلى ما يُقدر به ؛ لأن تقدير ذلك حصل بتقدير

فوائد ؛ الأولى ، إذا أراد أن يجري ماءً في أرض غيره من غير ضرر عليه ،
 ولا على أرضه ، لم يجز له ذلك إلا بإذن ربها ، إن لم تكن حاجة ولا ضرورة ،
 بلا نزاع ، وإن كان مضراً إلى ذلك ، لم يجز أيضاً إلا بإذنه . على الصحيح
 من المذهب . قال المصنف ، وصاحب «الحاوي الكبير» ، والشارح : هذا أقيس
 وأولى . وقدمه في «الفروع» . وعنه ، يجوز ، ولو مع حفر . اختاره الشيخ تقي
 الدين وصاحب «الفائق» . وقدمه في «الرعاية الكبرى» . وأطلقهما في
 «المعنى» ، و «الشرح» ، و «الرعاية الصغرى» ، و «الحاويين» ،
 و «الفائق» . فعلى الرواية الثانية ، لا يجوز فعل ذلك إلا للضرورة . وهو ظاهر
 ما قطع به في «المعنى» ، و «الشرح» ، و «الحاوي الكبير» . وجزم به في

السَّاقِيَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ مَائِهَا^(١) ، والماء الذي على السَّطْحِ يَفْتَقِرُ إِلَى مَعْرِفَةِ قَدْرِ السَّطْحِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مِنْهُ الْقَلِيلُ وَالكَثِيرُ . فَإِنْ كَانَ السَّطْحُ الَّذِي يَجْرِي عَلَيْهِ الْمَاءُ مُسْتَأْجَرًا ، أَوْ عَارِيَّةً ، لَمْ يَجْزْ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ الْمَحْفُورَةِ ، فَإِنَّ الْأَرْضَ لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَاءُ السَّطْحِ يَجْرِي عَلَى أَرْضٍ ، احْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ الصُّلْحُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ احتَاجَ إِلَى حَفْرِ ، لَمْ يَجْزْ لَهُ^(٢) أَنْ يَحْفِرَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَجْعَلُ لغيرِ صَاحِبِ الْأَرْضِ رَسْمًا ، فربَّمَا ادَّعَى اسْتِحْقَاقَ ذَلِكَ عَلَى صَاحِبِهَا . وَاحْتَمَلَ الْجَوَازَ إِذَا لَمْ يَحْتَاجَ إِلَى حَفْرِ ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ مَضَرَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ . وَلَا يَجُوزُ إِلَّا مُدَّةً لَا تَزِيدُ عَلَى مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، كَمَا قُلْنَا فِي إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

« الفائق » . وقيل : يجوزُ للحَاجَةِ . وصَاحِبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ^(٣) » ، إِنَّمَا حَكَّوَا الرُّوَايَتَيْنِ فِي الْحَاجَةِ . وَأُطْلِقَ الْقَوْلَيْنِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَأُطْلِقَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي حَفْرِ بَغْرٍ ، أَوْ إِجْرَاءِ نَهْرٍ أَوْ قَنَاةٍ . نَقَلَ أَبُو الصَّقَرِ ، إِذَا أُسَاحَ عَيْنًا تَحْتَ أَرْضٍ ، فَانْتَهَى حَفْرُهُ إِلَى أَرْضٍ لِرَجُلٍ أَوْ دَارٍ ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنْ ظَهْرِ الْأَرْضِ وَلَا بَطْنِهَا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ مَضَرَّةٌ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ ، جَازَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِيهَا فِي سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ ، مُدَّةً^(٣)

(١) فِي م : « مِثْلَهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ : ١ .

فصل : وإذا أراد أن يُجَرِّى ماءً في أرضٍ غيرِهِ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، لم يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وإن كان لَضَرُورَةٍ ، مثل أن يكونَ له أرضٌ لِلزَّرَاعَةِ ، لها ماءٌ لا طَرِيقَ له إِلَّا أرضُ جَارِهِ ، فهل له ذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ في أرضٍ غيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فلم يَجُزْ ، كما لو لم تَدْعُ إليه ضَرُورَةٌ ، ولأنَّ مثلَ هذه الحَاجَةِ لا تُبَيِّحُ مالَ غَيْرِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لا يُباحُ له الزَّرْعُ في أرضٍ غيرِهِ ، ولا البِنَاءُ فيها ، ولا الاتِّفَاعُ بِشَيْءٍ مِنْ مَنَافِعِهَا الْمُحَرَّمَةِ عَلَيْهِ بِمِثْلِ هذه ^(١) الحَاجَةِ . والأُخْرَى ، يَجُوزُ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجًا مِنَ العَرِيضِ ^(٢) ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أرضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ ، فَأَبَى ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكَ : لِمَ تَمْنَعُنِي وَهُوَ مَنَفْعَةٌ لَكَ ، تَشْرَبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ، وَلَا يَضُرُّكَ ؟ فَأَبَى مُحَمَّدٌ ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكَ عُمَرَ ، فَدَعَا عُمَرُ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ وَأَمَرَهُ أَنْ يُخْلِيَ سَبِيلَهُ ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ . فَقَالَ لَهُ ^(٣) عُمَرُ : لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ ، تَشْرَبُهُ

لَا تَجَاوِزُ مُدَّةَ الإِجَارَةِ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ السَّاقِيَةُ مَخْفُورَةً ، لَمْ تَجُزِ الْمُصَالَحَةُ عَلَى ذَلِكَ . وَكَذَا ^(٤) حُكْمُ الْمُسْتَعِيرِ . وَلَا يَصِحُّ مِنْهُمَا ^(٥) الصُّلْحُ عَلَى إِجْرَاءِ مَاءِ الْمَطَرِ عَلَى سَطْحٍ . وَفِيهِ عَلَى أَرْضٍ ، بِلا ضَرَرٍ ، اخْتِمَالَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » وَ « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ عَدَمُ

(١) سقط من : م .

(٢) العريض : وادى بالمدنية . معجم البلدان ٦٦١/٣ .

(٣) سقط من : ر ، م .

(٤) في الأصل ، ط : « وأما » .

(٥) في الأصل ، ط : « فيها » .

أَوَّلًا وَآخِرًا؟ فقال محمدٌ : لا والله . فقال عُمرُ : والله لَيَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِكَ . فأمره عُمرُ أن يَمُرَّ به ، ففَعَلَ . رواه مالِكُ في « موطَّاه » ^(١) ، وسعيدٌ في « سُنَنِهِ » . والأوَّلُ أَقْيَسُ ، وقولُ عُمرَ يُخَالِفُهُ قولُ محمدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، وهو مُوَافِقٌ للأَصُولِ ، فكان أوَّلَى .

الجَوَازِ . ثم رأيتُ ابنَ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » قَدَّمَهُ . وإنْ كانتِ الأَرْضُ التي في يَدِهِ وَقَفًا ، فقال القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ : هو كالمُسْتَأْجِرِ ^(٢) . وجَزَمَ به في « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وهو ظاهرٌ ما قَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » ، وقَدَّمَهُ ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » . وقال المُصَنِّفُ : يجوزُ له حَفَرُ السَّاقِيَةِ ^(٣) ؛ لأنَّ الأرضَ له ، وله التَّصَرُّفُ فيها كيف شاءَ ، ما لم يُنْقَلِ المِلْكُ فيها إلى غيرِهِ ، بخلافِ المُسْتَأْجِرِ . قال في « الفُرُوعِ » : فذلَّ أنَّ البابَ ، والخَوْخَةَ ، والكُوَّةَ ، ونحوَ ذلك ، لا يجوزُ فِعْلُهُ ^(٤) في دارِ مُوجَرَةٍ ، وفي مَوْقُوفَةِ الخِلَافِ ، ^(٥) (أو يجوزُ ^(٥) قولًا واحدًا) . وهو أوَّلَى ؛ لأنَّ تَعْلِيلَ الشَّيْخِ - يعني به المُصَنِّفَ - لو لم يَكُنْ مُسْلِمًا ^(٦) لم يُفِذْ ، وظاهرُهُ لا تُعْتَبَرُ المَصْلَحَةُ وإِذْنُ الحَاكِمِ ، بل عَدَمُ الضَّرَرِ ، وأنَّ إِذْنَهُ يُعْتَبَرُ لدَفْعِ الخِلَافِ . ويأتِي كلامُ ابنِ عَقِيلٍ في الوَقْفِ ، وفيهِ إِذْنُهُ فِيهِ لِمَصْلَحَةِ المَأْذُونِ الْمُتَمَتِّزِ ^(٧) بأَمْرِ شَرْعِيٍّ ، فلمَصْلَحَةِ المَوْقُوفِ أو المَوْقُوفِ عَلَيْهِ أوَّلَى . وهو مَعْنَى نَصِّهِ في تَجْدِيدِهِ

(١) في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٤٦/٢ .

(٢) في الأصل ، ط : « كالمستأجر » .

(٣) في الأصل ، ط : « الساحة » .

(٤) في الأصل ، ط : « فعليه » .

(٥ - ٥) في الأصل ، ط : « ويجوز » .

(٦) في الأصل ، ط : « مسلمًا » .

(٧) في الأصل ، ط : « المهار » .

فصل : وإن صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوماً أو يومين ، أو من عينه ، وقدره بشيء يعلم به ، لم يجوز . ذكره القاضي ؛ لأن الماء ليس بمملوك ، ولا يجوز بيعه ، فلا يجوز الصلح عليه ، ولأنه مجهول . قال : وإن صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث أو الربع ، جاز ، وكان بيعاً للقرار ، والماء تابع له . ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره ، وقناته ؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة ، بدليل ما لو أخذه [١٠٩/٤] في قرنته ، والصلح يجوز على ما لا يجوز بيعه ؛ بدليل الصلح عن دم العمد ، والصلح على المجهول .

لمصلحة^(١) . وذكره الشيخ تقي الدين عن أكثر الفقهاء في تغيير صفات الوقف لمصلحة كالحاكورة ، وعمله حكاهم الشام ، حتى صاحب « الشرح » ، في الجامع المظفر . وقد زاد عمر وعثمان ، رضي الله عنهما ، في مسجد النبي ، عليه السلام ، وغيرا بناءه ، ثم عمر بن عبد العزيز وزاد فيه أبواباً ، ثم المهدي ، ثم المأمون . الثالثة ، لو صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوماً أو يومين ، أو من عينه ، وقدره بشيء يعلم به ، لم يجوز . على الصحيح من المذهب ؛ لأن الماء ليس بمملوك ، ولا يجوز بيعه ، فلا يجوز الصلح عليه . اختاره القاضي . وقدمه في [١٣٠/٢] « الفروع » . وقيل : يجوز . وهو احتمال في « المعنى » ، و « الشرح » ، وما لا إليه . قلت : وهو الصواب ، وعمل الناس عليه قديماً

(١) في الأصل ، ط : « مصلحه » .

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَمَرًا [١١٥] فِي دَارٍ ، وَمَوْضِعًا فِي حَائِطِهِ
يَفْتَحُهُ أَبًا ، وَبُقْعَةً يَحْفِرُهَا بَثْرًا ، وَعُلُوَّ بَيْتٍ يَبْنِي عَلَيْهِ بُنْيَانًا
مَوْصُوفًا . فَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ غَيْرَ مَبْنِيٍّ ، لَمْ يَجْزِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .
وَفِي الْآخِرِ ، يَجُوزُ إِذَا وُصِفَ الْعُلُوُّ وَالسُّفْلُ .

١٨٨٤ - مسألة : (ويجوز أن يشتري ممرًا في دارٍ ، وموضعًا في
حائطه يفتحه بابًا ، وبُقْعَةً يَحْفِرُهَا بَثْرًا) لأنَّ هذه الأماكن يجوز بيعها
وإيجارُها ، فجاز الاعتياضُ عنها بالصُّلح^(١) ، كالذُّور .

١٨٨٥ - مسألة : (و) أن يشتري (علو بيت يبنى عليه بُنْيَانًا
مَوْصُوفًا) إذا كان البيت مَبْنِيًّا ؛ لما ذكرناه . (فإن كان البيت غير مَبْنِيٍّ ،
لم يجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي ، وأصحاب الشافعي ؛ لأنه
يَبْعُ^(٢) للهواء دون القرار (والثاني ، يجوز) لأنه ملك للمُصالح ،
فجاز له أخذ عَوَضِهِ ، كالقرار . وإنما يجوز بشرط (أن يَصِفَ الْعُلُوَّ

وَحَدِيثًا . الرَّابِعَةُ ، إِذَا صَالَحَهُ عَلَى سَهْمٍ مِنَ الْعَيْنِ ، أَوِ النَّهْرِ ؛ كَالثَّلَاثِ ، وَالرُّبْعِ ،
وَنَحْوِهِمَا ، جَازَ ، وَكَانَ يَبْعًا^(٣) لِلْقَرَارِ ، وَالْمَاءُ تَابِعٌ لَهُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قوله : ويجوز أن يشتري ممرًا في دارٍ ، وموضعًا في حائطه يفتحه بابًا ، وبُقْعَةً

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « مبيع » .

(٣) في الأصل ، ط : « تبعا » .

وَالسُّفْلَ (بِمَا يُعْلَمُ بِهِ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْبَيْعِ الْعِلْمُ بِالْمَبِيعِ .

يَحْفَرُهَا بَثْرًا ، وَعُلُوُّ بَيْتٍ يَبْنَى عَلَيْهِ بُتَيَانًا مَوْصُوفًا . بِلَا نِزَاعٍ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَمَنْ تَبِعَهُ ، فِي وَضْعِ خَشَبٍ أَوْ بِنَاءٍ : يَجُوزُ إِجَارَةٌ ، مُدَّةً مَعْلُومَةً ، وَيَجُوزُ صَلَاحًا أَبَدًا .

قوله : فَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ غَيْرَ مَبْنِيٍّ ، لَمْ يَجُزْ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ، أَى يَصِحُّ ، إِذَا وَصَفَ الْعُلُوَّ وَالسُّفْلَ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ ، يَصِحُّ إِذَا كَانَ مَعْلُومًا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، و « الرُّعَايَةِ » ، وَغَيْرَهُمَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ، أَى لَا يَصِحُّ . قَالَ الْقَاضِي . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ، فِي الشَّرْطِ الثَّلَاثِ ؛ فَإِنَّهُ دَاخِلٌ فِي كَلَامِهِ هُنَاكَ عَلَى وَجْهِ الْعُمُومِ ، وَهَنَا مُصَرَّحٌ بِهِ . وَبَعْضُ الْأَصْحَابِ ذَكَرَ الْمَسْأَلَةَ هُنَاكَ ، وَبَعْضُهُمْ ذَكَرَهَا هُنَا ، وَبَعْضُهُمْ عَبَّرَ بِالصُّلْحِ عَنْ ذَلِكَ ، وَهُوَ كَالْبَيْعِ هُنَا . فَالْتَّقُلُ فِيهَا مِنَ الْمَكَانَيْنِ .

تَنْبِيهِ : حَيْثُ صَحَّحْنَا ذَلِكَ ، فَمَتَى زَالَ ، فَلَهُ إِعَادَتُهُ مُطْلَقًا ، وَيَرْجِعُ بِأَجْرَةٍ مُدَّةَ زَوَالِهِ عَنْهُ . وَفِي الصُّلْحِ ، عَلَى زَوَالِهِ ، وَعَدَمِ عَوْدِهِ .

فَائِدَةٌ : حُكْمُ الْمُصَالَحَةِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ ، حُكْمُ الْبَيْعِ . لَكِنْ قَالَ فِي « الْفُنُونِ » : فَإِذَا فَرَّغْتَ الْمُدَّةَ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لِرَبِّ الْجِدَارِ مُطَابَقَتُهُ بِقَلْعِ خَشَبِهِ . قَالَ : وَهُوَ الْأَشْبَهُ كَاعَارَتِهِ لِذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْخُرُوجِ عَنْ حُكْمِ الْعُرْفِ ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ وَضَعَهَا

وَإِنْ حَصَلَ فِي هَوَائِهِ أَغْصَانُ شَجَرَةٍ غَيْرِهِ ، فَطَالَبَهُ بِإِزَالَتِهَا ، لَزِمَهُ .
فَإِنْ أَبَى ، فَلَهُ قَطْعُهَا .

١٨٨٦ - مسألة : (وَإِنْ حَصَلَ فِي هَوَائِهِ أَغْصَانُ شَجَرَةٍ غَيْرِهِ ،
فَطَالَبَهُ بِإِزَالَتِهَا ، فَلَهُ ذَلِكَ . فَإِنْ أَبَى ، فَلَهُ قَطْعُهَا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا
حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءِ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ هَوَاءِ جِدَارٍ لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ ،
لَزِمَ مَالِكَ الشَّجَرَةِ إِزَالَةُ تِلْكَ الْأَغْصَانِ ؛ إِمَّا بِرَدِّهَا إِلَى نَاحِيَةٍ أُخْرَى ، وَإِمَّا
بِالْقَطْعِ ؛ لِأَنَّ الْهَوَاءَ مِلْكٌ لِصَاحِبِ الْقَرَارِ ، فَوَجِبَ إِزَالَةُ مَا يَشْغُلُهُ مِنْ
مِلْكٍ غَيْرِهِ ، كَالْقَرَارِ . فَإِنْ اِمْتَنَعَ الْمَالِكُ مِنْ إِزَالَتِهِ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ
فِعْلِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِزَالَتِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ مِلْكُهُ . وَإِنْ تَلَفَ بِهَا شَيْءٌ ،

لِلْأَبْدِ ، فَهُوَ كَأِعَارَةِ الْأَرْضِ لِلدَّفْنِ . ثُمَّ إِمَّا أَنْ يَتْرُكَهُ بَعْدَ الْمُدَّةِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ
بِأَجْرَةٍ مِثْلِهِ إِلَى حِينٍ نَفَادِ الْخَشَبِ ؛ لِأَنَّهُ الْعُرْفُ فِيهِ ، كَالزَّرْعِ إِلَى حَصَادِهِ ؛ لِلْعُرْفِ
فِيهِ ، أَوْ يُجَدِّدَ إِجَارَةً بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ ؛ وَهِيَ الْمُسْتَحَقَّةُ بِالْدَّوَامِ بِلا عَقْدٍ .

قوله : وَإِنْ حَصَلَ فِي هَوَائِهِ أَغْصَانُ شَجَرَةٍ غَيْرِهِ ، فَطَالَبَهُ بِإِزَالَتِهَا ، لَزِمَهُ . فَإِنْ
أَبَى ، فَلَهُ قَطْعُهَا . قَالَ الْأَصْحَابُ : لَهُ إِزَالَتُهَا بِلا حُكْمٍ حَاكِمٍ . قَالَ فِي
« الْوَجيزِ » : فَإِنْ أَبَى ، لَوَاهُ ، إِنْ أُمِنَ ، وَإِلَّا فَلَهُ قَطْعُهُ . وَكَذَا قَالَ غَيْرُهُ . وَقِيلَ
لِأَحْمَدَ : يَقْطَعُهُ هُوَ ؟ قَالَ : لَا ، يَقُولُ لِصَاحِبِهِ حَتَّى يَقْطَعَ .

فائدة : إِذَا حَصَلَ فِي مِلْكِهِ أَوْ هَوَائِهِ أَغْصَانُ شَجَرَةٍ ، لَزِمَ الْمَالِكُ إِزَالَتَهُ إِذَا طَالَبَهُ
بذَلِكَ . بِلا نزاعٍ ، لَكِنْ لَوْ اِمْتَنَعَ مِنْ إِزَالَتِهِ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، وَيُضْمَنُ مَا تَلَفَ
بِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ؛
أَحَدُهُمَا ، لَا يُجْبَرُ ، وَلَا يُضْمَنُ مَا تَلَفَ بِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَدَّمَ فِي « الْمُغْنَى » ،
وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » ، فِي عَدَمِ الْإِجْبَارِ . وَالثَّانِي ، يُجْبَرُ عَلَى

الشرح الكبير

لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لَدَلِّكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِزَالَتِهِ وَيَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، إِذَا أُمِرَ بِإِزَالَتِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا مَالَ حَائِطُهُ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَعَلَى كِلَا الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا امْتَنَعَ مِنْ إِزَالَتِهِ كَانَ لِصَاحِبِ الْهَوَاءِ إِزَالَتُهُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَهِيمَةِ الَّتِي تَدْخُلُ دَارَهُ ، لَهُ إِخْرَاجُهَا ، كَذَا هُنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ أُمِنَ إِزَالَتُهَا بِلا إِتْلَافٍ وَلَا قَطْعٍ مِنْ غَيْرِ مَشَقَّةٍ تَلْزُمُهُ وَلَا غَرَامَةٍ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ إِتْلَافُهَا ، كَمَا أَنَّ إِذَا أُمِنَ إِخْرَاجُ الْبَهِيمَةِ مِنْ غَيْرِ إِتْلَافٍ ، لَمْ يَجْزُ لَهُ إِتْلَافُهَا . فَإِنْ أَتْلَفَهَا فِي هَذِهِ الْحَالِ غَرِمَهَا . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ إِزَالَتُهَا إِلَّا بِالْإِتْلَافِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزُمُهُ إِقْرَارُ مَالٍ غَيْرِهِ فِي مِلْكِهِ .

١٨٨٧ - مسألة : (فَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، لَمْ يَجْزُ) اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا تَصِحُّ الْمُصَالَحَةُ عَنْ ذَلِكَ بِحَالٍ ،

الإنصاف

إِزَالَتِهِ ، وَيَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ . (وَهُوَ اِخْتِمَالٌ ^(١)) فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » . وَقَالَ ابْنُ رَزِينٍ : وَيَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ، إِنْ أُمِرَ بِإِزَالَتِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » .

قوله : وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، لَمْ يَجْزُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوُجُوهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُدْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « نِهَايَةِ ابْنِ رَزِينٍ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : يَجُوزُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » : اللَّائِقُ بِمَذْهَبِنَا صِحَّتُهُ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَابْنُ عَقِيلٍ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « وَهُوَ الصَّحِيحُ قَدَمُهُ » .

رَطْبًا كَانَ الْغُضْنُ أَوْ يَابِسًا ؛ لِأَنَّ الرُّطْبَ يَزِيدُ وَيَتَغَيَّرُ ، وَالْيَابِسَ يَنْقُصُ ،
وَرُبَّمَا ذَهَبَ كُلُّهُ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ وَابْنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ ذَلِكَ ، رَطْبًا كَانَ
الْغُضْنُ أَوْ يَابِسًا ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمُصَالِحِ عَنْهُ [٩١/٤ ظ] لَا تَمْنَعُ
الصُّحَّةَ ؛ لَكُونِهَا لَا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، بِخِلَافِ الْعَوْضِ ، فَإِنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى الْعِلْمِ
لَوْ جُوبِ تَسْلِيمُهُ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ؛ لَكُونِ ذَلِكَ يَكْثُرُ فِي
الْأَمْلاِكِ الْمُتَجَاوِرَةِ ، وَفِي الْقَطْعِ إِتْلَافٌ وَضَرَرٌ ، وَالزِّيَادَةُ الْمُتَجَدِّدَةُ يُعْفَى
عَنْهَا ، كَالسَّمَنِ الْحَادِثِ فِي الْمُسْتَأْجِرِ لِلرُّكُوبِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ لِلْعُرْفَةِ
يَتَجَدَّدُ لَهُ الْأَوْلَادُ ، وَالْغِرَاسِ الْمُسْتَأْجِرِ لَهُ الْأَرْضُ يَعْظُمُ وَيَجْفُو . وَقَالَ
الْقَاضِي : إِنْ كَانَ يَابِسًا مُعْتَمِدًا عَلَى نَفْسِ الْجِدَارِ ، صَحَّتِ الْمُصَالِحَةُ
عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مَأْمُونَةٌ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الرُّطْبَ
يَزِيدُ فِي كُلِّ وَقْتٍ ، وَمَا لَا يَعْتَمِدُ عَلَى الْجِدَارِ ، لَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَيْهِ ؛
لِأَنَّهُ تَبِعَ الْهَوَاءِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَاللَّائِقُ

الإنصاف . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُتَوَرِّ » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشُّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : إِنْ
صَالَحَهُ عَنْ رُطْبِهِ ، لَمْ يَجْزُ ، وَإِنْ كَانَ يَابِسًا ، جَازَ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَجَزَمَ بِهِ
فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَدَّمَ فِي « التَّلْخِصِ » ، عَدَمَ الْجَوَازِ فِي
الرُّطْبَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَغَيَّرُ . وَأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ فِي الْيَابِسَةِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ،
وَ « الْحَاوِيَيْنِ » : وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ رُطْبَةٍ ، لَمْ يَجْزُ . وَقِيلَ : فِي الصُّلْحِ عَنْ غُضْنِ
الشَّجَرَةِ وَجْهَانِ . انْتَهَى . وَأُطْلِقَ الْأَوْجُهَ الثَّلَاثَةَ فِي « النِّظْمِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » .

(١) فِي : الْمَعْنَى ١٩/٧ .

وَأِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ لَهُ أَوْ بَيْنَهُمَا ، جَازَ ، وَلَمْ يَلْزَمْ .

المنع

الشرح الكبير

بِمَذْهَبِ أَحْمَدَ صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمُصَالِحِ عَنْهُ لَا تَمْنَعُ الصَّحَّةَ إِذَا لَمْ يَكُنْ إِلَى الْعِلْمِ بِهِ سَبِيلٌ ، وَذَلِكَ لِدُعَاءِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَكَوْنُهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى تَسْلِيمٍ ، وَهَذَا كَذَلِكَ . وَالْهَوَاءُ كَالْقَرَارِ فِي كَوْنِهِ مِلْكًا لِصَاحِبِهِ ، فَجَازَ الصُّلْحُ عَلَى مَا فِيهِ ، كَالَّذِي فِي الْقَرَارِ .

١٨٨٨ - مسألة : (فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ لَهُ أَوْ بَيْنَهُمَا ، جَازَ ، وَلَمْ يَلْزَمْ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا صَلَحَ عَنْ ذَلِكَ بَعْضُهُ مِنَ الثَّمَرَةِ أَوْ بِالثَّمَرَةِ كُلِّهَا ، فَقَدْ نَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ وَإِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ : لَا أَذْرِي . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ . وَنَحْوَهُ قَالَ مَكْحُولٌ ، فَإِنَّهُ نَقَلَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : أَيْمًا شَجَرَةٍ ظَلَّلْتُ عَلَى قَوْمٍ ، فَهُمْ بِالْخِيَارِ بَيْنَ قَطْعِ مَا ظَلَّلَ ، أَوْ أَكْلِ ثَمَرِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ . وَهُوَ قَوْلُ

وَأَشْرَطَ الْقَاضِي لِلصَّحَّةِ ، أَنْ يَكُونَ الْغُصْنُ مُعْتَمِدًا عَلَى نَفْسِ الْحَائِطِ ، وَمَنْعَ إِذَا كَانَ فِي نَفْسِ الْهَوَاءِ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِلْهَوَاءِ الْمُجَرَّدِ . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : يَجُوزُ مَعَ مَعْرِفَةِ قَدْرِ الزِّيَادَةِ بِالْأُذْرُعِ .

قوله : وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ لَهُ ، أَوْ بَيْنَهُمَا ، جَازَ ، وَلَمْ يَلْزَمْ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، [١٣١/٢] وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِثِينَ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : جَازَ فِي الْأَصَحِّ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي جَعْلِ الثَّمَرَةِ بَيْنَهُمَا : لَا أَذْرِي . وَهُمَا أَحْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : وَالَّذِي يَقْوَى عِنْدِي ، أَنَّ ذَلِكَ إِبَاحَةٌ ، لَا صُلْحٌ .

الأكثرين^(١) . وبه قال الشافعي ؛ لأنَّ العَوْضَ مَجْهُولٌ ، فَإِنَّ الثَّمَرَ مَجْهُولَةٌ وَجُزُؤُهَا مَجْهُولٌ ، وَمِنْ شَرْطِ الصُّلْحِ الْعِلْمُ بِالْعَوْضِ ، وَلَآنَ الْمُصْلَحَ عَلَيْهِ أَيْضًا مَجْهُولٌ ؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ وَيَتَغَيَّرُ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ هَذَا مِمَّا يَكْثُرُ فِي الْأَمْلاكِ ، وَتَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، وَفِي الْقَطْعِ إِتْلَافٌ ، فَجَازَ مَعَ الْجَهَالَةِ ، كَالصُّلْحِ عَلَى مَجْرَى مِيَاهِ الْأَمْطَارِ ، وَعَلَى الْمَوَارِيثِ الدَّارِسَةِ ، وَالْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ الَّتِي لَا سَبِيلَ إِلَى عِلْمِهَا . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّ الصُّلْحَ هُنَا يَصِحُّ ، بِمَعْنَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُبَيِّحُ صَاحِبَهُ مَا بَدَلَ لَهُ ، فَصَاحِبُ الْهَوَاءِ يُبَيِّحُ صَاحِبَ الشَّجَرَةِ إِبْقَاءَهَا ، وَيَمْتَنِعُ مِنْ قَطْعِهَا وَإِزَالَتِهَا ، وَصَاحِبُ الشَّجَرَةِ يُبَيِّحُ مَا بَدَلَ لَهُ مِنْ ثَمَرَتِهَا ، وَلَا يَكُونُ هَذَا بِمَعْنَى الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَصِحُّ بِمَعْدُومٍ وَلَا مَجْهُولٍ ، وَالثَّمَرَةُ فِي حَالِ الصُّلْحِ مَعْدُومَةٌ مَجْهُولَةٌ ، وَلَا هُوَ لَازِمٌ ، بَلْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرَّجُوعُ عَمَّا بَدَّلَهُ ، وَالْعَوْدُ فِيمَا قَالَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُجَرَّدُ إِبَاحَةٍ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى قَوْلِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

فَالثَّانِي ؛ إِحْدَاهُمَا ، حُكْمُ عُروِقِ الشَّجَرَةِ فِي غَيْرِ أَرْضِ مَالِكِهَا ، حُكْمُ الْأَغْصَانِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ عَنْهُ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْأَغْصَانِ إِذَا حَصَلَ ضَرَرٌ^(٣) ، وَإِلَّا فَلَا . الثَّانِيَةُ ، صُلْحُ مَنْ مَالَ

(١) فِي م : « الْأَكْثَرُ » .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٢٠/٧ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « مِنْ » .

لصاحبه ، اسكن دارى وأسكن دارك . من غير تقدير مدة ، ولا ذكر شروط الإجارة ، أو قوله : أبحتك الأكل من ثمرة بستانى ، فأبحتى الأكل من ثمرة بستانك . وكذلك قوله : دغنى أجرى فى أرضك ماء ولك أن تسقى به ما شئت ، وتشرب منه . ونحو ذلك ، فهذا مثله [٩٢/٤] بل أولى ، فإن هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيرا ، وفى إلزام القطع ضرر كثير وإتلاف أموال كثيرة ، وفى الترك من غير نفع يصل إلى (١) صاحب الهواء ضرر عليه . وفيما ذكرنا جمع بين الأمرين ، ونظر للفرقيين ، وهو على وفق الأصول ، فكان أولى .

فصل : وكذلك الحكم فيما امتد من غرور شجر إنسان إلى أرض جاره ، سواء أثرت ضررا مثل تأثيرها فى المصانع ، وطى الآبار ، وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الأرض أو زرع ، أو لم تؤثر ، فإن الحكم فى قطعه والصُّلح عنه ، كالحكم فى الغصن (٢) ، إلا أن الغرور لا ثمر لها . فإن اتفقا على أن ما ينبت من غرورها لصاحب الأرض ، أو جزء معلوم منه ، فهو كالصُّلح على الثمرة فيما ذكرنا . فعلى قولنا ، إذا اضطلحنا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب

حائطه ، أو زلق من خشبه إلى ملك غيره ، كالأغصان . قاله فى « الفروع » . وقال : وهو ظاهر رواية يعقوب . وفى « المبهج » فى باب الأطمعة ، ثمرة غصن فى هواء طريق عام ، للمسلمين .

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « الفروع » .

المقنع وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَعَ إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحًا ، وَلَا سَابَاطًا ، وَلَا دُكَّانًا .

الشرح الكبير الشَّجَرَةَ دَفَعَ نَبَاتِهَا إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَهُ فِي أَرْضِهِ لِهَذَا ، فَلَمَّا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، رَجَعَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ بَذَلَهَا بِعَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ^(١) فِي مَنْ مَالَ حَائِطُهُ إِلَى هَوَاءٍ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ زَلَقَ^(٢) مِنْ أَخْشَابِهِ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

١٨٨٩ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَعَ إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحًا ، وَلَا سَابَاطًا^(٣) ، وَلَا دُكَّانًا) الْجَنَاحُ هُوَ الرَّوْشَنُ^(٤) يَكُونُ عَلَى أَطْرَافِ خَشَبَةٍ مَدْفُونَةٍ فِي الْحَائِطِ ، وَأَطْرَافُهَا خَارِجَةٌ إِلَى الطَّرِيقِ ، لَا يَجُوزُ إِخْرَاجُهُ ، سِوَاءَ كَانَ يَضُرُّ بِالْمَارَّةِ فِي الْعَادَةِ أَوْ لَا يَضُرُّ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ عَلَيْهَا سَابَاطًا بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ، وَهُوَ الْمُسْتَوْفَى لِهَوَاءِ الطَّرِيقِ كُلَّهُ عَلَى جِدَارَيْنِ ، سِوَاءَ كَانَ الْجِدَارَانِ مِلْكَهُ أَوْ لَمْ يَكُونَا ، أَذِنَ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ ، جَازَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ؛^(٥) لِأَنَّهُ نَائِبُهُمْ^(٥) ،

الإِنصاف قوله : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَعَ إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحًا وَلَا سَابَاطًا . وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُخْرَجَ دَكَّةٌ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، وَابْنِ مَنْصُورٍ ، وَمُهَنَّاتٍ ، وَغَيْرِهِمْ . انْتَهَى . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِّعَ بِهِ كَثِيرٌ

(١) سقط من : م .

(٢) زلق : ابتعد وانتحى .

(٣) الساباط : سقيفة بين حائطين تحتها عمر نافذ .

(٤) الروشن : الشرفة .

(٥ - ٥) سقط من : م .

فَجَرَى إِذْنَهُ مَجْرَى إِذْنِ الْمُشْتَرِكِينَ فِي الدَّرَبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِلَةٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَإِنْ عَارَضَهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَجَبَ قَلْعُهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَّةِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَنَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَقَ بِمَا لَمْ يَتَّعِينَ مِلْكُ أَحَدٍ فِيهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ ، فَأَشْبَهَ الْمَشَى فِي الطَّرِيقِ وَالْجُلُوسَ فِيهَا . وَاخْتَلَفُوا فِي الَّذِي لَا يَضُرُّ مَا هُوَ ؟ فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِنْ كَانَ فِي شَارِعٍ تَمَرُّ فِيهِ الْجُيُوشُ ^(١) «وَالْأَحْمَالُ» ، فَيَكُونُ بَحِثٌ إِذَا سَارَ فِيهِ الْفَارِسُ وَرُمُحُهُ مَنْصُوبٌ لَا يَلُغُهُ . وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ : لَا يُقَدَّرُ بِذَلِكَ ، بَلْ

مِنْهُمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ جَوَازُهُ بِلا ضَرَرٍ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي « شَرْحِ الْعُمْدَةِ » ، وَاخْتَارَهُ هُوَ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِقِ » . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ فِيهِمَا وَفِي الْيَمِيزَابِ - الْآتِي حُكْمُهُ - يَضْمَنُ مَا تَلَفَ بِهِمْ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي آخِرِ بَابِ الْعُصْبِ . وَفِي سُقُوطِ نِصْفِ الضَّمَانِ ، بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ ، وَجِهَانٍ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الرُّعَايَةِ » ، فِي بَابِ الْعُصْبِ . قُلْتُ : الصُّوَابُ ضَمَانُ الْجَمِيعِ . ثُمَّ وَجَدْتُ الْمُصَنِّفَ ، وَالشَّارِحَ ، فِي كِتَابِ الْعُصْبِ ، قَالَا لَمْ يَنْقَلِبْ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَضْمَنُ النِّصْفَ . لِأَنَّهُ إِخْرَاجٌ يَضْمَنُ بِهِ الْبَعْضُ ، فَضَمِنَ بِهِ الْكُلُّ ؛ لِأَنَّهُ الْمَعْنَى فِي الضَّمَانِ . وَقَالَ الْحَارِثِيُّ : وَقَالَ الْأَصْحَابُ : وَبِأَنَّ النِّصْفَ ^(٢) عُذْوَانٌ . فَأَوْجَبَ كُلُّ الضَّمَانِ . وَظَاهِرٌ مَا قَالُوا : أَنَّهُ يَضْمَنُ الْجَمِيعَ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « النَّصْب » .

يكونُ بحيثُ لا يضرُّ بالعماريَّاتِ^(١) والمَحامِلِ . ولنا ، أنَّه بنى في ملكٍ غيره غيرِ نافذٍ إذنه ، فلم [٩٢/٤ ظ] يَجْزُ ، كِبْناءِ الدُّكَّةِ^(٢) ، أو بِناءِ ذلك في دَرْبٍ غيرِ نافذٍ بغيرِ إذنِ أهله . ويُفارقُ المُرورَ في الطَّرِيقِ ؛ فإنَّها جُعِلَتْ لذلك ، ولا مَضَرَّةَ فيه ، والجلوسُ لا يدومُ ، ولا يُمكنُ التَّحرُّزُ منه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، فإنَّه يُظْلَمُ الطَّرِيقُ ، ورُبَّما سَقَطَ على المارَّةِ ، أو سَقَطَ منه شيءٌ ، وقد تَعَلُّوا الأرضُ بِمُرورِ الزَّمانِ ، فيصُدِّمُ رُعُوسَ النَّاسِ ، ويَمْنَعُ مُرورَ الدَّوابِّ بالأحمالِ ، ويقطَعُ الطَّرِيقَ إلَّا على الماشي ، وقد رأينا مثلاً هذا كثيراً ، وما يُفْضِي إلى الضَّرَرِ في ثانی الحالِ ، يَجِبُ المَنْعُ منه

فائدتان ؛ إحداهما ، لا يجوزُ إخراجُ المِيازِبِ إلى الطَّرِيقِ النَّافِذِ ، ولا إلى دَرْبٍ غيرِ نافذٍ إلَّا بإذنِ أهله . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال في « القواعدِ الفقهيةِ » : هو كإشراعِ الأجنحةِ عندَ الأصحابِ . وهو كما قال . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وفي « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » اِخْتِمَالُ بالجوازِ ، مع انتفاءِ الضَّرَرِ . وحِكْيَ رِوَايَةٍ عن أحمدَ ، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ في « شَرْحِ العُمْدَةِ » ، كما تقدَّم . قلتُ : وعليه العَمَلُ في كُلِّ عَصْرِ ومِضَرٍ . قال في « القواعدِ الفقهيةِ » : واختارَه طائِفَةٌ مِنَ المتأخِّرينَ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إخراجُ المِيازِبِ إلى الدَّرْبِ ، هو السُّنَّةُ . واختارَه ، وقَدَّمَه في « النِّظَمِ » . فعلى هذا ، لا ضَمَانُ .

تنبيه : محلُّ عَدَمِ الجَوَازِ والضَّمَانِ في الجَنَاحِ والسَّباطِ والمِيازِبِ ، إذا لم يَأْذَنْ فيه الإمامُ أو نائبُه . فأما إنْ أذِنَ أحدهما فيه ، جازَ ذلك إنْ لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، عندَ جماهيرِ الأصحابِ . قال في « الفروعِ » : وجوزَ ذلك الأكثرُ بإذنِ الإمامِ .

(١) العمارة : هودج يحمل على الدابة . انظر معجم Dozy .

(٢) الدكة : بناء يسطح أعلاه .

الشرح الكبير

في ابتدائه ، كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يُخشى وقوعه على مَنْ يمرُّ فيها . ولنا على أبي حنيفة ، أنه بنى في حقِّ مُشتركٍ ، لو منع منه بعض أهله لم يجز ، فلم يجز بغير إذنهم ، كما لو أخرجه إلى هواء دارٍ مُشتركةٍ ، وذلك لأنَّ حقَّ الآدمي لا يجوز لغيره التَّصرف فيه بغير إذنه ، وإن كان ساكنًا ، كما لا يجوز إذا منع . فأما الدُّكان ، فلا يجوز بناؤه في الطريق ، بغير خلافٍ علَّمناه ، سواء كان الطريق واسعًا أو لا ، وسواء أذن فيه الإمام أو لم يأذن ؛ لأنه بناء في ملكٍ غيره بغير إذنه ، ولأنَّه يؤذِي المارَّة ويضيق عليهم ، ويعثر به العائر ، أشبه ما لو كان الطريق ضيقًا .

وقال في « القواعد » ، عن القاضي ، والأكثر . وجزم به في « التلخيص » ، و « المُحرَّر » ، و « النُّظم » ، وغيرهم . قال الحارثي : جزم به القاضي في « المُجرَّد » ، و « التعليل الكبير » ، وابن عَقِيل في « الفُصول » . وقيل : لا يجوز ، ولو أذن فيه . قدَّمه في « المُعْنَى » ، و « الشُّرح » ، و « الرعايتين » ، و « الفائق » ، و « الحاويين » . وقال الحارثي ، في باب العَصَبِ : والمذهب المنصوص ، عدم الإباحة مطلقًا ، كما تقدَّم في باب الصُّلح . انتهى . وقدَّمه في « القاعدة الثامنة والثمانين » ، وقال : نصُّ عليه في رواية أبي طالب ، وابن منصور ، ومُهَنَّا ، وغيرهم . وقال القاضي في « المُجرَّد » . قلت : بل هو ظاهرُ كلام المصنِّف . وقال المجذبي « شرحه » ، في كتاب الصلاة : إن كان لا يضُرُّ بالمارَّة ، جاز . وهل يفتقر إلى إذن الإمام ؟ على روايتين . الثانية ، لم يذكر الأصحاب مقدار طول الجدار الذي يُشرع عليه الجناح والميزاب والسباط ، إذا قلنا بالمجواز ، لكن حيث انتفى الضرر ، جاز . وقال في « التلخيص » ،

فصل : ولا يَجُوزُ إخراجُ المِيزابِ إلى الطَّرِيقِ الأعْظَمِ ، ولا إلى دَرْبٍ ^(١) نَافِذٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : يَجُوزُ إخراجُهُ إلى الطَّرِيقِ الأعْظَمِ ؛ لأنَّ عُمَرَ اجْتازَ على دارِ العباسِ وقد نَصَبَ مِيزابًا إلى الطَّرِيقِ ، فَقَلَعَهُ ، فقال العباسُ : تَقْلَعُهُ وقد نَصَبَهُ رسولُ اللَّهِ ﷺ بيده . فقال : والله لا نَصَبْتَهُ إِلَّا على ظَهْرِي . وانْحَنَى حتى صَعِدَ على ظَهْرِهِ ، فنَصَبَهُ ^(٢) . وما فَعَلَهُ رسولُ اللَّهِ ﷺ فلهِ غَيْرُهُ فِعْلُهُ ، ما لم يَقُمْ دَلِيلٌ على اخْتِصاصِهِ به ، ولأنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، ولا يُمَكِّنُهُ رَدُّ مائِهِ

و « التَّرْغِيبِ » : يكونُ بَحْثُ يُمَكِّنُ غُبُورَ مَحْمِلٍ . وقَدَّمَهُ في « الرُّعَايَةِ الكُبْرَى » . واختارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال بعضُ الأصحابِ : يكونُ بَحْثُ يُمَكِّنُ مُرُورَ رُمَحٍ قائِماً بِيَدِ فارِسٍ .

قوله : ولا دُكَّانًا . لا يَجُوزُ أَنْ يشرَعَ دُكَّانًا في طَرِيقٍ نَافِذٍ ، سواءَ أَذِنَ فيه الإمامُ ، أو لا . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال في « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الجاوي الكبير » : لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وقَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » . وقيل : حُكْمُهُ حُكْمُ الجَنَاحِ ونَحْوِهِ . قال في « الفُرُوعِ » [١٣١/٢ ظ] : مع أَنَّ الأصحابَ لم يُجَوِّزُوا حَفَرَ البِئْرِ والبِنَاءَ في ذلك لِنَفْسِهِ ، وكأنَّهُ لما فيه مِنَ الدَّوامِ . قال : وَيَتَوَجَّهُ مِنْ هَذَا الوَجْهِ ، تخْرِيجٌ . يعني ، في جَوازِ حَفْرِ البِئْرِ والبِنَاءِ . وظاهرُ كلامِهِ في « الرُّعَايَةِ الكُبْرَى » ، جَوازُ إخراجِ الدُّكَّانِ ، وإن

(١) بعده في م : « غير » .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبرى ٦ / ٦٦ . والحاكم ، في : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ٣ / ٣٣١ .

إلى الدَّارِ ، ولأنَّ النَّاسَ يَعْمَلُونَ ذلكَ في جَمِيعِ بلادِ الإسلامِ مِنْ غيرِ نَكِيرٍ . ولنا ، أنَّ هذا تَصَرُّفٌ في هَوَاءٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،

مَنْعَاهُ مِنْ غَيْرِهِ ، على المُقَدِّمِ ؛ فَإِنَّهُ قالَ : وليس لأَحَدٍ أَنْ يُخْرِجَ إلى دَرْبٍ نَافِذٍ مِنْ مِلْكِهِ رَوْشَنًا ، ولا كِذا ، ولا كِذا . وقيل : ولا دُكَّانًا . وَلَعَلَّهُ سَنَّهُو ، إنَّ لم يَكُنْ في النُّسخَةِ غَلَطٌ .

(١) تنبيه : ممَّن ذَكَرَ الدُّكَّانَ كالمُصَنِّفِ ، واقتصرَ عليه ، أبو الخطَّابِ في « الهداية » ، و « المُستَوْعِب » ، وَجَمَعَ كثيرٌ . وممَّن ذَكَرَ الدُّكَّةَ ، واقتصرَ عليها ، ولم يَذْكُرِ الدُّكَّانَ ، جماعةٌ ؛ منهم ابنُ حَمْدانَ ، في « الرَّعايةِ الصُّغرى » ، وصاحبُ « الحاوى الصُّغيرِ » . وقد فسَّرَ ابنُ مُنَجِّى الدُّكَّانَ في كلامِ المُصَنِّفِ بالدُّكَّةِ . قالَ في « المُطَّلِع » : قالَ أبو السَّعاداتِ (٢) : الدُّكَّانُ ؛ الدُّكَّةُ المَبْنِيَّةُ لِلجُلُوسِ عليها . وقالَ في « البَدْرِ المُنِيرِ » : الدُّكَّةُ ؛ المَكَانُ المُرتَفِعُ يُجْلَسُ عليه ، وهو المَضْطَبَّةُ . وَجَمَعَ ابنُ حَمْدانَ ، في « الرَّعايةِ الكُبرى » بينهما ، فقالَ : وليس لأَحَدٍ أَنْ يُخْرِجَ إلى طَرِيقٍ نَافِذٍ دُكَّةً . وقيل : ولا دُكَّانًا . انتهى . فغايرَ بينهما . وقد قالَ الجَوْهَرِيُّ : الدُّكَّانُ ؛ الحانُوتُ . انتهى . فهو غَيْرُ الدُّكَّةِ عنده . وقالَ في « البَدْرِ المُنِيرِ » : والدُّكَّانُ يُطْلَقُ على الحانُوتِ ، وعلى الدُّكَّةِ التي يُقَعَدُ عليها . انتهى . وقالَ في « القامُوسِ » (٣) : الدُّكَّةُ بِالْفَتْحِ ، والدُّكَّانُ بِالضَّمِّ ؛ بِناءٍ يُسَطَّحُ أَغْلَاهُ لِلْمَقْعَدِ . انتهى (١) .

(١ - ١) في هامش ١ : « زيادة من هامش نسخة المصنف » .

(٢) هو هبة الله بن علي بن محمد ، أبو السعادات ، المعروف بابن الشجرى . كان أوجد زمانه في علم العربية ومعرفة اللغة ، صنف كتاب « الأمل » ، وله في النحو عدة تصانيف . توفي سنة اثنتين وأربعين وخمسمائة . بغية الوعاة ، للسيوطى ٣٢٤/٢ ..

(٣) القاموس المحيط ٣/٣١٢ .

المقنع وَلَا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ ، وَلَا دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ .

الشرح الكبير فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ غَيْرَ نَافِذٍ ، ولأنَّهُ يَضُرُّ بالطَّرِيقِ وَأَهْلُهَا ، فلم يَجُزْ ، كِبْنَاءِ دَكَّةٍ فِيهَا أَوْ جَنَاحٍ يَضُرُّ بِأَهْلِهَا ، وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِنَّ مَاءَهُ يَقَعُ عَلَى الْمَارَّةِ ، وَرُبَّمَا جَرَى فِيهِ الْبَوْلُ أَوْ مَاءٌ نَجِسٌ فَيُنَجِّسُهُمْ ، وَيُزَلُّ الطَّرِيقُ ، وَيَجْعَلُ فِيهَا الطُّيْنَ ، وَالْحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، أَوْ تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بَعْدَ نَصْبِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ .

[٩٣/٤] ١٨٩٠ - مسألة : (وَلَا) يَجُوزُ (أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ ، وَلَا دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ) أَمَا فِي مِلْكِ الْإِنْسَانِ فَلَا يَجُوزُ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إِذْنِهِ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الدَّرْبِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَنَاحِ وَالسَّابِاطِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ فِي الدَّرْبِ بَابٌ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ فِي الدَّرْبِ بَابٌ ، فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ ، فَمِنْهُمْ مَنْ مَنَعَهُ أَيْضًا ، وَمِنْهُمْ مَنْ أَجَازَ لَهُ إِخْرَاجَ الْجَنَاحِ وَالسَّابِاطِ ؛ لِأَنَّ لَهُ فِي الدَّرْبِ اسْتِطْرَاقًا ، فَمِلْكُ ذَلِكَ ، كَمَا يَمْلِكُهُ فِي الدَّرْبِ النَافِذِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بِنَاءٌ فِي هَوَاءِ مِلْكِ قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، أَشْبَهَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ ، وَلَا نُسَلِّمُ الْأَصْلَ الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ . فَإِنْ أَذِنَ أَهْلُ الدَّرْبِ فِيهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِمْ ، كَمَا لَوْ كَانَ لِلْمَلِكِ وَاحِدٌ .

الإِنصافُ قوله : وَلَا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ . بَلَا يُزَاعَرُ . وَكَذَا

فَإِنْ صَالَحَ عَنْ ذَلِكَ بِعَوْضٍ ، جَازَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٩١ - مسألة : (فَإِنْ صَالَحَ عَنْ ذَلِكَ بِعَوْضٍ ، جَازَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) وقال القاضي ، وأصحاب الشافعي : لَا يَجُوزُ فِي الْجَنَاحِ وَالسَّابِاطِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغُ لِلْهَوَاءِ دُونَ الْقَرَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَنْبَغُ فِيهِ بِإِذْنِهِمْ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ أَذْنُوهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، وَلِأَنَّهُ مِلْكٌ لَهُمْ ، فَجَازَ لَهُمْ أَخْذُ عَوْضِهِ ، كَالْقَرَارِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ بِشَرْطِ كَوْنِ مَا يُخْرِجُهُ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ فِي الْخُرُوجِ وَالْعُلُوِّ ، وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَخْرَجَهُ إِلَى مِلْكِ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ ، يَجُوزُ بِإِذْنِهِ ، بِعَوْضٍ وَبِغَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْفِرَ فِي الطَّرِيقِ النَافِذَةِ بَثْرًا لِنَفْسِهِ ، سَوَاءً جَعَلَهَا مَاءَ الْمَطَرِ ، أَوْ لِيَسْتَخْرِجَ مِنْهَا مَاءً يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ أَرَادَ حَفَرَهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَنَفْعِهِمْ ، أَوْ لِنَفْعِ الطَّرِيقِ ، مِثْلَ أَنْ يَخْفِرَهَا لِيَسْقَى^(١) النَّاسَ مِنْ مَائِهَا ، وَيَشْرَبَ مِنْهُ الْمَارَّةُ ، أَوْ لِيَنْزِلَ فِيهَا مَاءَ الْمَطَرِ عَنِ الطَّرِيقِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، أَوْ كَانَتْ فِي مَمَرٍ

الإنصاف

لَا يَجُوزُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي هَوَاءٍ جَارِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ .

قوله : فَإِنْ صَالَحَ عَنْ ذَلِكَ بِعَوْضٍ ، جَازَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَصِحُّ صَلَاحُهُ عَنْ مَعْلُومِهِ بِعَوْضٍ فِي الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَّتَيْنِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِيَسْقَى » .

المفتح وإذا كان ظَهْرُ دارِهِ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ
الاستِطْرَاقِ ، جَازَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَجُوزَ .

الشرح الكبير

النَّاسِ بِحَيْثُ يُخَافُ سُقُوطُ إِنْسَانٍ فِيهَا أَوْ دَابَّةٍ ، أَوْ يُضَيِّقُ عَلَيْهِمْ مَمَرُّهُمْ ،
لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهَا أَكْثَرُ مِنْ نَفْعِهَا^(١) . وَإِنْ حَفَرَهَا فِي زَاوِيَةٍ مِنْ طَرِيقٍ
وَاسِعٍ ، وَجَعَلَ عَلَيْهَا مَا يَمْنَعُ الْوُقُوعَ فِيهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَفْعٌ^(٢) بَلَا
ضَرَرَ ، فَجَازَ ، كَتَمْهِيدِهَا وَبِنَاءِ رَصِيفٍ فِيهَا . فَأَمَّا^(٣) فِعْلُهُ فِي دَرْبٍ غَيْرِ
نَافِذٍ ، فَلَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِلْكٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، فَلَمْ يَجُزْ
فِعْلُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ، كَمَا لَوْ فَعَلَهُ فِي بُسْتَانِ إِنْسَانٍ . وَلَوْ صَالَحَ أَهْلُ الدَّرْبِ
عَنْ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، جَازَ ، سَوَاءً حَفَرَهَا لِنَفْسِهِ لِيَنْزِلَ فِيهَا مَاءُ الْمَطَرِ عَنْ
دَارِهِ ، أَوْ لِيَسْتَقِيَ مِنْهَا مَاءً لِنَفْسِهِ ، أَوْ حَفَرَهَا لِلسَّبِيلِ وَنَفْعِ الطَّرِيقِ .
وكَذَلِكَ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ .

[٩٣/٤] ١٨٩٢ - مسألة : (وإذا كان ظَهْرُ دارِهِ فِي دَرْبٍ غَيْرِ
نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ الْإِسْطِطْرَاقِ ، جَازَ) لِأَنَّ لَهُ رَفَعَ جَمِيعِ
حَائِطِهِ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : (وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ) لِأَنَّ

الإنصاف

لَا يَجُوزُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « نِهَايَةِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَرَدَّهُ الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » .
قوله : وَإِنْ كَانَ ظَهْرُ دارِهِ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ الْإِسْطِطْرَاقِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْفَعَتُهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَقَعُ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « مَا » .

وَأِنْ فَتَحَهُ لِلْأَسْطِطَرِاقِ ، لَمْ يَجْزُ ، إِلَّا بِإِذْنِهِمْ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، ^{المقنع}
وَأِنْ صَالَحَهُمْ ، جَازَ .

شَكَلَ الْبَابِ مَعَ تَقَادُمِ الْعَهْدِ رُبَّمَا اسْتَدِلَّ بِهِ عَلَى حَقِّ الْأَسْطِطَرِاقِ ، فَيَضُرُّ ^{الشرح الكبير}
بِأَهْلِ الدَّرَبِ ، بِخِلَافِ رَفْعِ الْحَائِطِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى شَيْءٍ .

١٨٩٣ - مسألة : (وَأِنْ فَتَحَهُ لِلْأَسْطِطَرِاقِ ، لَمْ يَجْزُ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ)
لأنَّه ليس له ^(١) حَقٌّ فِي الدَّرَبِ الَّذِي هُوَ مِلْكُ غَيْرِهِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ
يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ لَهُ رَفْعَ « جَمِيعِ حَائِطِهِ » . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الدَّرَبَ لَا
حَقَّ لَهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يُجْعَلَ لَهُ فِيهِ حَقٌّ اسْتِطْرَاقٍ (فَإِنْ صَالَحَهُمْ ،
جَازَ) لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَأَشْبَهَ دُورَهُمْ إِذَا صَالَحَهُمْ عَلَى شَيْءٍ مِنْهَا .

فصل : وَإِنْ كَانَ ظَهَرُ دَارِهِ إِلَى زُقَاقٍ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِي حَائِطِهِ بِأَبًا إِلَيْهِ ،
جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَرْتَفِقُ بِمَا لَمْ يَتَّعِنِ مِلْكُ أَحَدٍ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا فِيهِ إِضْرَارٌ
بِأَهْلِ الدَّرَبِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهُ نَافِذًا يَسْتَطِرْقُ إِلَيْهِ مِنَ الشَّارِعِ . قُلْنَا : لَا يَصِيرُ
الدَّرَبُ نَافِذًا ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ دَارُهُ نَافِذَةً ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ اسْتِطْرَاقُ دَارِهِ .

جَازَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصُّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ إِلَّا ^{الإِنصاف}
بِإِذْنِهِمْ ، وَهُوَ لِابْنِ عَقِيلٍ ، وَاخْتَارَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ .

قوله : وَأِنْ فَتَحَهُ لِلْأَسْطِطَرِاقِ ، لَمْ يَجْزُ ، إِلَّا بِإِذْنِهِمْ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ
الْمَذْهَبُ ، نَصُّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » وَغَيْرِهِ .

(١) فِي م : « لَهُمْ » .

(٢ - ٢) فِي ر ، ق ، م : « جَمِيعُهُ » .

وَلَوْ أَنَّ بَابَهُ فِي آخِرِ الدَّرَبِ ، مَلَكَ نَقْلَهُ إِلَى أَوَّلِهِ ، وَلَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ
إِلَى دَاخِلٍ مِنْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

١٨٩٤ - مسألة : (ولو كان بابُهُ في آخِرِ الدَّرَبِ ، مَلَكَ نَقْلَهُ إِلَى
أَوَّلِهِ ، وَلَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ إِلَى دَاخِلٍ مِنْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ) لَأَنَّهُ إِذَا نَقَلَ بَابَهُ
إِلَى مَا يَلِي بَابَ الدَّرَبِ ، فَقَدْ تَرَكَ بَعْضَ حَقِّهِ . وَمَتَى أَرَادَ رَدَّ بَابِهِ إِلَى مَوْضِعِهِ
الْأَوَّلِ ، كَانَ لَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يُسْقِطْ . فَأَمَّا إِنْ أَرَادَ نَقْلَ بَابِهِ إِلَى تِلْقَاءِ صَدْرِ
الرُّقَاقِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُ بَابَهُ إِلَى مَوْضِعٍ
لَا اسْتِطْرَاقَ لَهُ فِيهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْعَلَ
بَابَهُ فِي أَوَّلِ الْبِنَاءِ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ شَاءَ ، فَتَرَكُهُ فِي مَوْضِعٍ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ ،
كَمَا أَنَّ تَحْوِيلَهُ بَعْدَ فَتْحِهِ لَا يُسْقِطُهُ ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْفَعَ حَائِطَهُ كُلَّهُ ، فَلَمْ

وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
و « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : لَمْ يَجُزْ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَالْوَجْهُ
الثَّانِي ، يَجُوزُ بغيرِ إِذْنِهِمْ .

قوله : وَلَوْ أَنَّ بَابَهُ فِي آخِرِ الدَّرَبِ ، مَلَكَ نَقْلَهُ إِلَى أَوَّلِهِ . يَعْنِي ، إِذَا لَمْ يَخْصُلْ
صَرَرٌ ^(١) مِنْ فَتْحِهِ مُحَازِيًا لِبابِ غَيْرِهِ وَنَحْوِهِ ^(٢) . وَهُوَ الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
و « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ
مُحَازِيًا لِبابِ غَيْرِهِ . ^(٣) فَظَاهِرُهُ أَنَّهُ قَدَّمَ الْجَوَازَ مُطْلَقًا . وَهُوَ ضَعِيفٌ ^(٤) .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

يُمنَعُ مِنْ رَفْعِ بَعْضِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ رَفْعِ الْحَائِطِ الشَّرْحُ الْكَبِيرُ
جَوَازُ الاسْتِطْرَاقِ ، كَالْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي الدَّرَجِ بَابَانِ لِرَجُلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا قَرِيبٌ مِنْ بَابِ
الرُّزَاقِ ، وَالْآخَرُ فِي دَاخِلِهِ ، فَأَرَادَ صَاحِبُ الدَّخْلِ أَنْ يُحَوِّلَ بَابَهُ ، فَلَهُ
تَحْوِيلُهُ حَيْثُ شَاءَ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ لَهُ فِيمَا يُجَاوِزُ الْبَابَ الْأَوَّلَ ، إِذَا قُلْنَا :
إِنَّ صَاحِبَ الْقَرِيبِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُقَدِّمَهُ إِلَى دَاخِلِ الدَّرَجِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهُ
تَقْدِيمُهُ . جَازَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . فَإِنْ كَانَ فِي دَاخِلِ الدَّرَجِ بَابٌ لثَالِثٍ ،
فَحُكْمُ الْأَوْسَطِ حُكْمُ الْأَوَّلِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ .

قوله : وَلَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ إِلَى دَاخِلِهِ مِنْهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ
عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ،
وغيرهم . وَقَدِّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ
ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَغيرهم . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَجُوزُ . قَالَ فِي « الْحَاوِي
الْكَبِيرِ » : اخْتَارَهُ صَاحِبُ « الْمُعْنَى » ، لَكِنْ لَا يَفْتَحُهُ قِبَالَةَ بَابٍ غَيْرِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ .
وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : يَجُوزُ ، إِنْ سَدَّ الْبَابَ الْأَوَّلَ . وَهُوَ ظَاهِرٌ نَقْلٍ يَعْقُوبُ .
تَنْبِيهِ : مَحَلُّ الْخِلَافِ ، إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ مَنْ فَوْقَهُ . فَأَمَّا إِنْ أْذِنُوا ، ارْتَفَعَ الْخِلَافُ .
عَلَى الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : لَا بُدَّ أَيْضًا مِنْ إِذْنِ مَنْ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهُ . وَهُوَ بَعِيدٌ . وَحَيْثُ
قُلْنَا بِالْإِذْنِ ، وَأْذِنُوا ، فَيَكُونُ إِعَارَةً . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَكُونُ إِعَارَةً فِي
الْأَشْبَةِ . وَكَذَا قَالَ قَبْلَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

فصل : إذا كان لرجل داران متلاصقتان ، ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى ، وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ ، رفع الحاجز بينهما وجعلهما داراً واحدة ، جاز ؛ لأنه تصرف في ملكه المختص به^(١) . وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليتمكن من^(٢) التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا [٩٤/٤] الدارين ، فقال القاضي : لا يجوز ؛ لأن ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ، ولأنه ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى . ويحتمل جواز ذلك ؛ لأن له رفع الحاجز جميعه ، فبعضه أولى . قال شيخنا^(٣) : وهذا أشبه ، وما ذكرناه للمنع ينتقض بما إذا رفع الحائط جميعه . وفي كل موضع قلنا : ليس له فعله . إذا صالحه أهل الدرب ، جاز ، وكذلك إن أذنوا له بغير عوض .

فوائد : إحداهما ، لو كان لرجل داران ؛ ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى ، وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ ، رفع الحاجز بينهما ، وجعلهما داراً واحدة ، جاز . وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ؛ ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين ، فقال القاضي : لا يجوز . وجزم به في « المذهب » . وقدمه ابن رزين في « شرحه » . قال في « الرعاية

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « إلى » .

(٣) في : المغنى ٥١/٧ .

فصل : إذا تنازعَ صاحباً^(١) البائين في الدَّربِ ، ولم يَكُنْ فيه بابٌ لغيرِهما ، ففيه ثلاثة أوجهٍ ؛ أحدها ، أَنَّهُ يُحْكَمُ بالدَّربِ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى الْبَابِ الَّذِي يَلِيهِ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ لهُمَا الْاسْتِطْرَاقَ فِيهِ جَمِيعًا ، وما بعده إِلَى صَدْرِ الدَّربِ لِلْآخِرِ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِطْرَاقَ فِي ذَلِكَ لَهُ وَحْدَهُ ، فَله الْيَدُ وَالتَّصَرُّفُ . والثَّانِي ، أَنَّ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى أَقْصَى حَائِطِ الْأَوَّلِ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ مَا يُقَابِلُ ذَلِكَ لهُمَا التَّصَرُّفُ فِيهِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ لِلأَوَّلِ أَنْ يَفْتَحَ بَابَهُ فِيما شاءَ مِنْ حَائِطِهِ ، والْباقِي لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِفَنَاءٍ لِلأَوَّلِ ، وَلَا لَهُ فِيهِ اسْتِطْرَاقٌ . والثَّالِثُ ، يَكُونُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ لَهُمْ يَدًا وَتَصَرُّفًا . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيما إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عُلوُّ خانٍ ، وَلَا آخَرَ سَفْلُهُ ، وَلصاحبِ الْعُلُوِّ دَرَجَةٌ فِي أَثْناءِ صَحْنِ الْخانِ ، فَاخْتَلَفَا فِي الصَّحْنِ ، فَالَّذِي مِنَ الدَّرَجَةِ إِلَى بابِ الْخانِ بَيْنَهُمَا ، وما

الكُبْرَى : « : لم يَجْزُ فِي الْأَصَحِّ . قال فِي « الصُّغْرَى » : جازَ فِي وَجْهِ . وقِيلَ : الإِنْصافُ يَجُوزُ . قال الْمُصَنِّفُ : وَالْأَشْبَهُ الْجَوَازُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قال فِي « النَّظْمِ » : وَهُوَ الْأَقْوَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُتَوَرِّ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . الثَّانِيَةُ ، الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْجَارَ يُمنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ بِما يَضُرُّ بِجارِهِ ؛ كَحَفْرِ كَنْيفٍ إِلَى جَنْبِ حائِطِ جَارِهِ ، وَبِناءِ حِمَّامٍ إِلَى جَنْبِ دارِهِ ، يَتَأَذَّى بِذلك ، وَنَضْبِ ثَنُورٍ يَتَأَذَّى بِاسْتِدَامَةِ دُخَانِهِ ، وَعَمَلِ دُكَّانٍ قِصَارَةٍ وَجِدَادَةٍ ، يَتَأَذَّى بِكَثْرَةِ دَفِّهِ ، أَوْ رَحَى ، أَوْ حَفْرِ بئرٍ يَنْقَطِعُ بِهِ ماءُ بئرِ جَارِهِ ،^(٢) وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَعَلَيْهِ جَماهيرُ الْأَصحابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي^(٣)

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ، ١ ، ر ، ق ، : « صَاحِبٌ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ط .

«وراء ذلك»^(١) إلى صدر الخان على الوجهين . فإن كانت الدرجة في صدر الصحن ، فالصحن بينهما ؛ لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً . فعلى الوجه الذى يقول : إن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدرانى . له أن يستبد بما يختص به منه ، بأن يجعله دهليزاً لنفسه ، أو يدخله فى داره على وجه لا يضرب بجاره . ولا يضع على حائطه شيئاً ؛ لأن ذلك ملك له ينقرد به .

الشرح الكبير

«المحرر» وغيره . وقدمه فى «المعنى» ، و «الشرح» ، و «الرعايتين» ، و «الحاويتين» ، و «الفروع» ، وغيرهم . فإن حفر بئراً فى ملكه ، فانقطع ماء بئر جاره^(٢) ، أمر بسدّها ؛ ليعود ماء البئر الأولى . على الصحيح . فإن لم يعُد ، كلّف صاحب البئر الأولى حفر البئر التى سدت لأجله من ماله . وعنه ، لا يكلف سدّ بئره ، ولو انقطع ماء بئر جاره . قال القاضى : فيخرج فى المسائل التى قبلها ؛ من الحمام ، والتثور ، ودكان القصار ، والحدادة ، ونحوها ، روايتان . قال ابن رزين : عدم المنع فى الجميع . أقيس . وقال فى «التلخيص» ، فى باب إحياء الموات : يُمنع من ذلك . ثم قال : وفيه رواية أخرى ، لا يُمنع [١٣٢/٢] من ذلك . اختاره أبو بكر ، ذكره أبو إسحاق فى «تعليقه» عنه . وأطلق الروايتين فى الجميع فى «الفائق» . الثالثة ، لو ادعى أن بئره فسدت من خلأ جاره ، أو بالوعته ، طرَحَ فى الخلأ أو بالوعه نَفْطٌ ؛ فإن لم يظهر طعم النفط ولا رائحته فى البئر ، عُلِمَ أن فساده بغير ذلك . وإن ظهر طعمه أو رائحته فيها ، كلّف صاحب الخلأ والبالوعة نقل ذلك ، إن لم يمكن إصلاحها . هذا إذا كانت البئر أقدم منهما .

الإنصاف

(١ - ١) فى م : « زاد على ذلك » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

وَلَيْسَ [١١٥ ط] لَهُ أَنْ يَفْتَحَ فِي حَائِطِ جَارِهِ ، وَلَا فِي الْحَائِطِ الْمُنْتَشَرِكِ رَوْزَنَةً وَلَا طَاقًا ، إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ .

الشرح الكبير

١٨٩٥ - مسألة : (وليس له أن يفتح في حائط جاره ، ولا الحائط المشترك رَوْزَنَةً^(١) ولا طاقًا بغير إذن صاحبه) لأن ذلك انتفاع بملك

وعلى الرواية الأخرى ، لا يلزم مالك الخلاء والبالوعة تغيير ما عمله في ملكه بحال .
قاله في « الحاوئين » وغيره . الرابعة ، ليس له منعه من تعلية داره ، في ظاهر ما ذكره المصنف في « المغني » ، ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره . قاله الشيخ تقي الدين . وقال في « الفروع » : ويتوجه من قول أحمد : لا ضرر ولا ضرار . منعه . قلت : وهو الصواب . وقال الشيخ تقي الدين : ليس له منعه ؛ خوفًا من نقص أجره ملكه ، بلا نزاع . وقد قال في « الفنون » : من أحدث في داره دباغ الجلود ، أو عمل الصحناء^(٢) ، يحتمل المنع . وقال ابن عقيل أيضًا : لا يجوز أن يحدث في ملكه قناة تنزُّ إلى حيطان الناس .

قوله : وليس له أن يفتح في حائط جاره ، ولا الحائط المشترك رَوْزَنَةً ، ولا طاقًا ، إلا بإذن صاحبه . يحرم عليه التصرف في ذلك حتى بضرب وتدٍ ، ولا يحدث سُتْرَةً . قال في « الفروع » : ذكره جماعة . وحمل القاضي قول أحمد : يلزم الشريك الثقة مع شريكه على السترة . على ستره قديمة أنهدمت . واختار في « المستوعب » وجوبها مطلقًا على نصه ، فقال : وعندى ، أن السترة واجبة على كل حال ، على ما نص عليه من وجوبها .

(١) الروزنة : الكوة النافذة .

(٢) إدام يتخذ من السمك الصغار .

المقنع وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ ، بَأْن لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْقِيفُ إِلَّا بِهِ .

الشرح الكبير

غيره وَتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا «يَضُرُّ بِهِ»^(١) . وكذلك لَا يَجُوزُ أَنْ يَغْرَزَ فِيهِ وَتَدًا ، وَلَا يُحَدِّثَ عَلَيْهِ حَائِطًا وَلَا سِتْرَةً ، وَلَا يَتَصَرَّفَ فِيهِ نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِحَائِطٍ غَيْرِهِ ، فَهُوَ كَنَقْضِهِ . وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ^(٢) ذَلِكَ بَعْوَضٍ ، جَاز . فَأَمَّا الِاسْتِنَادُ إِلَيْهِ وَإِسْنَادُ شَيْءٍ لَا يَضُرُّهُ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا مَضَرَّةَ فِيهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، أَشْبَهَ الِاسْتِظْلَالَ بِهِ .

١٨٩٦ - مسألة : (وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ ، بَأْن لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْقِيفُ إِلَّا بِهِ) أَمَّا وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِالْحَائِطِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : [٩٤/٤ ط] : « لَا

الإنصاف

فائدة : يُلْزَمُ الْأَعْلَى بِنَاءُ سِتْرَةٍ تَمْنَعُ مُشَارَفَةَ الْأَسْفَلِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَنَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يُشَارِكُهُ الْأَسْفَلُ . وَأَمَّا إِذَا تَسَاوَا ، فَإِنَّ الْمُتَمَتِّعَ يُلْزَمُ بِالْمُشَارَكَةِ .

قوله : وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَيْهِ - يَعْنِي ، عَلَى حَائِطٍ جَارِهِ ، أَوْ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ - إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ ، بَأْن لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْقِيفُ إِلَّا بِهِ . إِذَا أَرَادَ أَنْ يَضَعَ

(١ - ١) فِي م : « يَضُرُّ بِهِ » .

(٢) فِي م : « عَلَى » .

ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ^(١) . وإن كان لا يَضُرُّ به إِلَّا أَنْ به عنه غِنَى لِإِمْكَانٍ وَضَعَهُ عَلَى غَيْرِهِ ، فَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لَا يَجُوزُ أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى ثَوْرٌ ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كِبْنَاءٍ حَائِطٍ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ جَوَازَهُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَلِأَنَّ مَا أُبِيحَ لِلْحَاجَةِ الْعَامَّةِ لَمْ يُعْتَبَرِ فِيهِ حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ ، كَالشُّفْعَةِ ، وَالْفَسْخِ بِالْخِيَارِ أَوْ بِالْعَيْبِ ، وَاتِّخَاذِ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وَإِبَاحَةِ السَّلَمِ ، وَرُخْصِ السَّفَرِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ دَعَتْ

الْإِنْصَافُ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ ، أَوْ الْجِدَارِ الْمُشْتَرَكِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَتَضَرَّرَ الْحَائِطُ بِذَلِكَ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ تَضَرَّرَ بِذَلِكَ ، مُنِعَ . بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ لَمْ يَتَضَرَّرْ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الْخَشْبِ مُسْتَعْنِيًا عَنْ ذَلِكَ ؛ لِإِمْكَانِهِ وَضْعُهُ عَلَى غَيْرِهِ ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ مُسْتَعْنِيًا عَنْ وَضْعِهِ ، وَأَرَادَ وَضْعَهُ عَلَيْهِ ، مُنِعَ مِنْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ

(١) في ر ، ق : « إضرار » .

والحديث تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره ، من كتاب المظالم ، وفي : باب الشراب من فم السقاء ، من كتاب الأشربة . صحيح البخاري ٣ / ١٧٣ ، ٧ / ١٤٥ . ومسلم ، في : باب غرز الخشب في جدار الجار ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٨٣ . والترمذي ، في : باب في الرجل يضع على حائط خشبًا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٥ . وابن ماجه ، في : باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٣ . والإمام مالك ، في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ .

الحاجة إلى وضعه على جدار جاره ، أو الحائط المشترك ، بحيث لا يُمكنه التَّسْقِيفُ إلَّا به ، فإنَّه يَجُوزُ وَضْعُهُ بغيرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ . وهو قولُ الشافعي^(١) القَدِيمُ . وقال في الجَدِيدِ : ليس له وَضْعُهُ . وهو قولُ أبي حنيفة ، ومالك^(٢) ؛ لأنَّه انتِفَاعٌ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كزِرَاعَتِهِ . ولنا ، الخَبَرُ ، ولأنَّه انتِفَاعٌ بِحَائِطٍ جَارِهِ على وَجْهِه لا يَضُرُّ به ، أشَبُهَ الاستِنَادَ إليه والاستِظْلَالَ به . ويُفَارِقُ الزَّرْعَ ، فإنَّه يَضُرُّ ، ولم تَدْعُ إليه حاجةٌ . إذا ثَبَتَ هذا ، فَاشْتَرَطَ القاضِي وأبو الخطَّابِ للجَوَازِ

الشرح الكبير

في « الفروع » . وصَحَّحَه في « الرُّعَايَةِ » وغيرِها . وجَزَمَ به في « الهِدَايَةِ » ، و « المَذْهَبِ » ، و « الخُلَاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الوَجِيزِ » ، وغيرِهم . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ . وأَطْلَقَ أحمدُ الجَوَازَ ، وكذا صَاحِبُ « المُحَرَّرِ » وغيرُهُ . وإنَّ لم يَكُنْ مُسْتَعْنِيًا ، ودَعَتِ الضَّرُورَةُ إلى ذلك عند الأكثر - وفي « المُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، ودَعَتِ الحاجةُ إلى ذلك - فَالصَّحِيحُ مِنَ المَذْهَبِ ، له وَضْعُهُ عليه . نصُّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقَطَعَ به كثيرٌ منهم . وهو مِنَ المُفْرَدَاتِ . فعلى هذا ، لا يَجُوزُ لِرَبِّ الجِدَارِ مَنْعُهُ ، وإنَّ مَنْعَهُ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ . وقد نصَّ الإمامُ أحمدُ على عَدَمِ اغْتِبَارِ إِذْنِهِ في الوَضْعِ ، ولو صَالَحَهُ عنه بشيءٍ ، جَازَ . قال في « الرُّعَايَةِ » : جَازَ في الأصَحِّ . انتهى . وقيل : لا يَجُوزُ له وَضْعُهُ بغيرِ إِذْنِهِ . وخرَّجَه أبو الخطَّابِ مِنْ رِوَايَةِ المَنْعِ مِنْ وَضْعِهِ على جِدَارِ المَسْجِدِ . وهو قولُ المُصَنِّفِ . وهذا تَنْبِيْهُ على أَنَّهُ لا يَضَعُهُ على جِدَارِ جَارِهِ ؛ لأنَّ

الإنصاف

(١) بعده في م : في .

(٢) زيادة من م .

أن يكون له حائطٌ واحدٌ ولجاريه ثلاثة حوائط . وليس هذا في كلام أحمد ، إنما قال ، في رواية أبي داود : لا يَمْنَعُهُ إذا لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، وكان الحائطُ يَنْقَى . ولأنه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حائطين إذا كانا غيرَ مُتَقَابِلَيْنِ ، أو كان البيتُ واسعاً يَحْتَاجُ إلى ^(١) أن يَجْعَلَ فيه ^(٢) جِسْرًا ثم يَضَعُ الخَشَبَ على ذلك الجِسْرِ . قال شيخنا ^(٣) : والأولى اعتباره بما ذَكَرْنَا مِنْ امْتِنَاعِ التَّسْقِيفِ بِدُونِهِ . ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنَا بَيْنَ الْبَالِغِ وَالْيَتِيمِ ، وَالْعَاقِلِ وَالْمَجْنُونِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

له في المَسْجِدِ حقًا ، وحقُّ الله مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ . وكذا قال في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْحَاوِثَيْنِ » .

فائدة : ذَكَرَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ الضَّرُورَةَ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ لِلجَارِ ثَلَاثَةُ جُدُرٍ ، وله جِدَارٌ واحدٌ ^(٤) ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَلَيْسَ هَذَا فِي كَلَامِ أَحْمَدَ ، إِنَّمَا قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : لَا يَمْنَعُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ ضَرَرٌ ، وَكَانَ الْحَائِطُ يَنْقَى . وَلَأنَّهُ قَدْ يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ عَلَى حَائِطَيْنِ ، إِذَا كَانَا غَيْرَ مُتَقَابِلَيْنِ ، أَوْ كَانَ الْبَيْتُ وَاسِعًا يَحْتَاجُ أَنْ يَجْعَلَ فِيهِ جِسْرًا ، ثُمَّ يَضَعُ الْخَشَبَ عَلَى ذَلِكَ الْجِسْرِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَالْأُولَى اعْتِبَارُهُ بِمَا ذَكَرْنَا ، مِنْ امْتِنَاعِ التَّسْقِيفِ بِدُونِهِ . وَلَا فَرْقَ [١٣٢/٢ ط] فيما ذَكَرْنَا بَيْنَ الْبَالِغِ وَالْيَتِيمِ وَالْعَاقِلِ وَالْمَجْنُونِ .

(١) سقط من : الأصل ، ر ١ .

(٢) في م : عليه .

(٣) في : المعنى ٣٦/٧ .

(٤) في ط : أوجد .

وَعَنَّهُ ، لَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ . وَهَذَا تَنْبِيْهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضَعُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ .

١٨٩٧ - مسألة : (وعنه ، ليس له وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ . وَهَذَا تَنْبِيْهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضَعُهُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي وَضْعِ خَشْبِهِ عَلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ مَعَ وُجُودِ الشَّرْطَيْنِ ، فَعَنَّهُ ، الْجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ وَضْعُهُ فِي مِلْكِ الْجَارِ مَعَ أَنَّ حَقَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الشُّحِّ وَالضُّيْقِ ، فَفِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى الْمَبْنِيَّةِ عَلَى الْمُسَامَحَةِ أَوَّلَى . وَعَنَّهُ ، لَا يَجُوزُ . نَقَلَهَا عَنْهُ أَبُو طَالِبٍ ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي الْمَنْعَ فِي حَقِّ الْكُلِّ ، تَرَكَ فِي حَقِّ الْجَارِ لِلْخَبَرِ الْوَارِدِ فِيهِ ، فَوَجَبَ الْبَقَاءُ فِي غَيْرِهِ عَلَى مُقْتَضَى الْقِيَاسِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَخَرَجَ أَبُو الْخَطَّابِ مِنْ هَذِهِ الرَّوَايَةِ وَجْهًا لِلْمَنْعِ مِنْ وَضْعِ الْخَشْبِ فِي مِلْكِ الْجَارِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مُنِعَ مِنْ وَضْعِ الْخَشْبِ فِي الْجِدَارِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَلِلْوَاضِعِ فِيهِ حَقٌّ ، فَلَا أَنْ يُنْزَعُ مِنَ الْمِلْكِ الْمُخْتَصِّ بِغَيْرِهِ [٩٥/٤] أَوَّلَى . وَلِأَنَّهُ إِذَا مُنِعَ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى مَعَ أَنَّهُ مَبْنِيٌّ

تَنْبِيْهِ : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : وَعَنَّهُ ، لَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ . (١) أَنَّ الْمُقَدَّمَ جَوَازٌ (٢) وَضَعَهُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَاقَدَّمُهُ فِي « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَهُوَ إِخْدَى الرَّوَايَتَيْنِ أَوْ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ ابْنِ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُتَوَرِّ » . وَهُوَ اِحْتِمَالٌ فِي « الْمَذْهَبِ » . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، لَيْسَ لَهُ وَضْعُهُ عَلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ ، وَإِنْ جَازَ وَضْعُهُ عَلَى جِدَارِ غَيْرِهِ . وَهِيَ الَّتِي ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ هُنَا . وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ ، وَأَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَازِي . وَصَحَّحَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَجَزَمَ

(١ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

على المُسامحة ؛ لِغِنَى الله تعالى وَكَرَمِهِ ، فَلَأَن يُمنَعَ في حَقِّ الآدَمِيِّ مع شُحِّهِ وَضيقِهِ أَوَّلَى . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . فَإِن قِيلَ : فَلِمَ لَا تُجِيزُونَ فَتْحَ الطَّاقِ وَالْبَابِ فِي الْحَائِطِ ، قِيَاسًا عَلَى وَضْعِ الْخَشَبِ ؟ قُلْنَا : الْخَشَبُ يُمَسِّكُ الْحَائِطَ وَيَنْفَعُهُ ، بِخِلَافِ الطَّاقِ وَالْبَابِ ، فَإِنَّهُ يُضْعِفُ الْحَائِطَ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) يَبْقَى مَفْتُوحًا ، وَالَّذِي يَفْتَحُهُ لِلْخَشْبَةِ يَسُدُّهُ بِهَا ، وَلَأَنَّ وَضْعَ الْخَشَبِ تَدْعُو إِلَيْهِ الْحَاجَةُ ، بِخِلَافِ ^(٢) غَيْرِهِ .

به في « الْخُلَاصَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « التَّلْخِيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « الْكَافِي » .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، لَوْ كَانَ لَهُ حَقُّ مَاءٍ يَجْرِي عَلَى سَطْحٍ جَارِهِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ تَعْلِيَةُ سَطْحِهِ لِيَمْنَعَ الْمَاءَ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ . وَلَيْسَ لَهُ تَعْلِيَتُهُ لِكَثْرَةِ ضَرَرِهِ . الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ لَهُ الْأَسْتِنَادُ إِلَى حَائِطِ جَارِهِ وَإِسْنَادُ قُمَاشِهِ إِلَيْهِ . وَذَكَرَ فِي « النَّهَائَةِ » فِي مَنْعِهِ اخْتِمَالَيْنِ . وَلَهُ الْجُلُوسُ ^(٣) فِي ظِلِّهِ ، وَنَظَرُهُ فِي صَوْنِ سِرَاجِهِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، يَسْتَأْذِنُهُ ، أَعْجَبُ إِلَيَّ ، فَإِن مَنَعَهُ ، حَاكَمَهُ . وَنَقَلَ جَعْفَرٌ ، قِيلَ لَهُ : أَيَضَعُهُ ، وَلَا يَسْتَأْذِنُهُ ؟ قَالَ : نَعَمْ ، أَيْشَ يَسْتَأْذِنُهُ ؟ قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الْعَيْنُ وَالْمَنْفَعَةُ الَّتِي لَا قِيَمَةَ لَهَا عَادَةً ، لَا يَصِحُّ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهَا عَقْدُ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ اتِّفَاقًا ، كَمَا سَأَلْتِنَا . الثَّالِثَةُ ، لَوْ مَلَكَ وَضَعَ خَشْبِهِ عَلَى حَائِطٍ ، فَرَأَى بِسُقُوطِهِ ، أَوْ قَلْعِهِ ، أَوْ سُقُوطِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

(٢) فِي م : « دُونَ » .

(٣) فِي ط : « الْحُلُولُ » .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ وَضَعَ خَشْبِهِ عَلَى حَائِطٍ ، فزال سُقُوطُهُ ، أَوْ قَلْعُهُ ^(١) ، أَوْ سُقُوطُ الْحَائِطِ ، ثُمَّ أُعِيدَ ، فَلَهُ إِعَادَةُ خَشْبِهِ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُجَوِّزَ لَوْضِعِهِ مُسْتَمِرٌّ ، فَاسْتَمَرَ الاسْتِحْقَاقُ . وَإِنْ زَالَ السَّبَبُ ، مِثْلَ أَنْ خَشِيَ عَلَى الْحَائِطِ مِنْ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ اسْتَعْنَى عَنْ وَضْعِهِ ، لَمْ تَجْزُ إِعَادَتُهُ ؛ لِزَوَالِ السَّبَبِ الْمُبِيحِ . فَإِنْ خِيفَ سُقُوطُ الْحَائِطِ بَعْدَ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، لَزِمَ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ . وَإِنْ لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ ، لَكِنْ اسْتَعْنَى عَنْ إِبْقَائِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ تَلْزَمْهُ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي إِزَالَتِهِ ضَرَرًا بِصَاحِبِهِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ فِي إِبْقَائِهِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ خَشِيَ سُقُوطَهُ .

الحائط ، ثُمَّ أُعِيدَ ، فَلَهُ إِعَادَةُ خَشْبِهِ ، إِنْ حَصَلَ لَهُ ضَرَرٌ بِتَرْكِهِ ، وَلَمْ يُخَشَّ عَلَى الْحَائِطِ مِنْ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ خِيفَ سُقُوطُ الْحَائِطِ بَعْدَ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، لَزِمَ إِزَالَتُهُ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ كَانَ لَهُ وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَى جِدَارٍ غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِجَارَتَهُ ، وَلَا إِعَارَتَهُ ، وَلَا يَمْلِكُ أَيضًا بَيْعَهُ ، وَلَا الْمُصَالَحَةَ عَنْهُ لِلْمَالِكِ وَلَا لْغَيْرِهِ . وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ الْحَائِطِ إِعَارَتَهُ أَوْ إِجَارَتَهُ ، عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ هَذَا الْمُسْتَحَقُّ مِنْ وَضْعِ خَشْبِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ . فَبُعَاثَى بِهَا . وَلَوْ أَرَادَ هَذِمَ الْحَائِطِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ أَذِنَ صَاحِبُ الْحَائِطِ لْجَارِهِ فِي الْبِنَاءِ عَلَى حَائِطِهِ ، أَوْ وَضَعَ سُتْرَةً عَلَيْهِ ، أَوْ وَضَعَ خَشْبَهُ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي يَسْتَحِقُّ وَضْعُهُ ، جَازَ ، وَصَارَتْ عَارِيَّةً لَازِمَةً ، يَأْتِي حُكْمُهَا فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ . وَإِنْ أَذِنَ فِي ذَلِكَ بِأَجْرَةٍ ، جَازَ . سَوَاءٌ كَانَتْ إِجَارَةً أَوْ صُلْحًا ، عَلَى وَضْعِهِ عَلَى التَّائِيْدِ ، وَمَتَى زَالَ فَلَهُ إِعَادَتُهُ ^(٢) . وَيُسْتَرْطُ مَعْرِفَةُ الْبِنَاءِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَعَلَهُ » .

(٢) فِي ط : « إِعَارَتَهُ » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا كان له وَضَعُ خَشْبِهِ عَلَى جِدَارٍ غَيْرِهِ ، لم يَمْلِكْ إيجارته ولا إعارته ؛ لأنه إنما مَلَكَ ذلك لحاجته الماسة إلى وَضْعِ خَشْبِهِ ، ولا حاجة له ^(١) إلى وَضْعِ خَشْبٍ غَيْرِهِ ، فلم يَمْلِكْهُ . وكذلك لا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقِّهِ مَنْ وَضَعَ خَشْبَهُ ، ولا الْمُصَالِحَةَ عَنْهُ لِلْمَالِكِ وَلَا غَيْرِهِ ؛ لأنه أُبِيحَ لَهُ مِنْ حَقِّ غَيْرِهِ لِحَاجَتِهِ ، فلم يُجْزَ لَهُ ذلك فيه ، كطعامٍ غَيْرِهِ إِذَا أُبِيحَ لَهُ فِي حَالِ الضَّرُورَةِ . ولو أَرَادَ صَاحِبُ الحَائِطِ إِعَارَةَ الحَائِطِ أَوْ إيجارته ، عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ هَذَا الْمُسْتَحَقُّ مِنْ وَضْعِ خَشْبِهِ ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنه وَسِيلَةٌ إِلَى مَنَعِ ذِي الحَقِّ مِنْ حَقِّهِ ، فلم يَمْلِكْهُ ، كَمَنْعِهِ . ولو أَرَادَ هَذَا الحَائِطُ لغير حاجةٍ ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْوِيَةِ الحَقِّ . وَإِنْ احتَاجَ إِلَى ذلك لِلخَوْفِ مِنْ أَنْهَادِهِ أَوْ لِتَحْوِيلِهِ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ لِعَرَضٍ صَاحِحٍ ، مَلَكَ ذلك ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الخَشْبِ إِنَّمَا يَثْبُتُ حَقُّهُ لِلإِرْفَاقِ بِهِ مَشْرُوطًا بِعَدَمِ الضَّرَرِ بِصَاحِبِ الحَائِطِ ، فمَتَى أَفْضَى إِلَى الضَّرَرِ ، زال الاستِحْقَاقُ ؛ لِرَوَالِ شَرْطِهِ .

فصل : فَإِنْ أَذِنَ صَاحِبُ الحَائِطِ لِحَارِهِ فِي الْبِنَاءِ عَلَى حَائِطِهِ ، أَوْ وَضَعَ سُتْرَةً عَلَيْهِ ، أَوْ وَضَعَ خَشْبَهُ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي لَا يَسْتَحِقُّ وَضْعَهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ . فَإِذَا فَعَلَ مَا أُذِنَ فِيهِ ، صَارَتِ الْعَارِيَّةُ لَازِمَةً ، تُذَكَّرُ فِي بَابِ الْعَارِيَّةِ .

والعَرَضُ وَالطُّوْلُ ، وَالسُّمْلُ وَالْآلَاتُ . السَّادِسَةُ ، لَوْ وَجَدَ بِنَاءَهُ أَوْ خَشْبَهُ عَلَى الْإِنصَافِ

(١) سقط من : ر ١ ، م .

فصل : وإن أُذِنَ له في وَضْعِ خَشْبِهِ ، أو الْبِنَاءِ على جِدَارِهِ بِعَوْضٍ ، جاز ، سواءً كان إيجارَةً في مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أو صُلْحًا على وَضْعِهِ على التَّأْيِيدِ . ومتى زال ، فله إعادته ، سواءً زال [٩٥/٤] لِسُقُوطِهِ ، أو سُقُوطِ الحَائِطِ ، أو غير ذلك ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِبْقَاءَهُ بِعَوْضٍ . وَيَحْتَاجُ أَنْ يَكُونَ الْبِنَاءُ مَعْلُومَ الْعَرْضِ وَالطُّولِ ، وَالسُّمُكِ ، وَالْآلَاتِ مِنَ الطِّينِ وَاللَّبَنِ (أو الطِّينِ) وَالْأَجْرِ ، وما أَشْبَهَ ذلك ؛ لِأَنَّ هَذَا يَخْتَلِفُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وإذا سَقَطَ الحَائِطُ الَّذِي عَلَيْهِ الْبِنَاءُ^(١) أو الخَشْبُ ، في أَثْنَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، سُقُوطًا لَا يَعُودُ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ فَيَمَّا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، وَرَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقِسْطٍ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ . وإن أُعِيدَ ، رَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقَدْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي سَقَطَ الْبِنَاءُ وَالخَشْبُ عَنْهُ . وإن صَالَحَهُ مَالِكُ الْحَائِطِ على رَفْعِ خَشْبِهِ أو بِنَائِهِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، جاز ، كما يَجُوزُ الصُّلْحُ على وَضْعِهِ ، سواءً كان ما صَالَحَهُ بِهِ مِثْلَ الْعَوْضِ الَّذِي صُولِحَ بِهِ على وَضْعِهِ ، أو أَقْلَ أو أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ هَذَا عِوَضٌ عَنِ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ لَهُ . وكذلك لو كان له مَسِيلٌ في أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أو مِيزَابٌ ، أو غَيْرُهُ ، فَصَالَحَ صَاحِبَ الْأَرْضِ مُسْتَحَقًّا ذَلِكَ بِعَوْضٍ لِيُزِيلَهُ عَنْهُ ، جاز ، وإن كان الخَشْبُ أو الحَائِطُ قد سَقَطَ ، فَصَالَحَهُ بِشَيْءٍ على أَنْ لَا يُعِيدَهُ ، جاز ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جاز أَنْ يَبِيعَ ذَلِكَ مِنْهُ ، جاز أَنْ يُصَالِحَ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ يَبِيعُ .

الإِنْصَافُ حَائِطٌ مُشْتَرَكٌ ، أو حَائِطٌ جَارِهِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ سَبَبُهُ ، فَمَتَى زَالَ ، فله إعادته . وكذا

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « أو البناء » .

فصل : وإذا وَجَدَ بِنَاءَهُ أَوْ حَشَبَهُ عَلَى حَائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أَوْ حَائِطٍ جَارِهِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ سَبَبَهُ ، فَمَتَى زَالُ فَلَهُ إِعَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا الْوَضْعَ بِحَقِّ مَنْ صُلِحَ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَا يَزُولُ هَذَا الظَّاهِرُ حَتَّى يُعْلَمَ خِلَافُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ وَجَدَ مَسِيلَ مَائِهِ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ، ^(١) أَوْ مَجْرَى مَاءٍ سَطَحَهُ عَلَى سَطْحِ غَيْرِهِ ^(٢) ، وَمَا أَشَبَّهُ هَذَا ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ بِحَقِّ ، فَجَرَى مَجْرَى الْيَدِ الثَّابِتَةِ . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، هَلْ هُوَ بِحَقِّ أَوْ بَعْدُوَانِ ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْخَشَبِ وَالْبِنَاءِ وَالْمَسِيلِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ .

فصل : وإذا ادَّعى رَجُلٌ دَارًا فِي يَدِ أَخَوَيْنِ ، فَأَنكَرَهُ أَحَدُهُمَا ، وَأَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى مَا أَقَرَّ لَهُ بِعَوَضٍ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، وَلَأَخِيهِ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَنَا وَرَثَانَا جَمِيعًا عَنْ أَبِيْنَا أَوْ أَخِينَا . فَيُقَالُ : إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، كَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ . وَإِنْ قَالَ : وَرَثَانَا . فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُتَنَكِّرَ يَزْعُمُ أَنَّ الْمَلِكَ لِأَخِيهِ الْمُقَرَّ لَمْ يَزُلْ ، وَأَنَّ الصُّلْحَ بَاطِلٌ ، فَيُؤَاخِذُ بِذَلِكَ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ ^(٣) شُفْعَةً . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْمَلِكَ ثَبَتَ لِلْمُدَّعِي حُكْمًا ، وَقَدَرَجَعَ إِلَى الْمُقَرِّ بِالْبَيْعِ ، وَهُوَ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّهُ بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فَتَثَبُّتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ الْمُقَرِّ

لَوْ وَجَدَ مَسِيلَ مَاءٍ يَجْرِي فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ، أَوْ مَجْرَى مَاءٍ سَطَحَهُ عَلَى سَطْحِ غَيْرِهِ ، الْإِنْصَافُ وَمَا أَشَبَّهُهُ . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْخَشَبِ ، وَنَحْوِهِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده في م : « به » .

وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ فَانْهَدَمَ ، فَطَالَِبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِنِائِهِ مَعَهُ ،
أُجِبَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُجْبَرُ ،
.....

انْتَقَلَ إِلَى الْمُدَّعَى بَيْنَ أَوْ هَبَةٍ أَوْ سَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ ، فَلَا يَتَنَافَى إنْكَارُ
الْمُنْكَرِ وإِقْرَارُ الْمُقَرِّ ، كَحَالَةِ إِطْلَاقِ الْإِنْكَارِ . وَهَذَا أَصَحُّ .

[٩٦/٤] ١٨٩٨ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ فَانْهَدَمَ ،
فَطَالَِبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِنِائِهِ ، أُجِبَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُجْبَرُ) إِذَا كَانَ بَيْنَ
الشَّرِيكَيْنِ حَائِطٌ فَانْهَدَمَ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا إِعَادَتَهُ ، وَأَبَى الْآخَرُ ، فَذَكَرَ
الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُجْبَرُ . نَقَلَهَا ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَحَرْبٌ ،
وَسِنْدِيُّ . قَالَ الْقَاضِي : هِيَ أَصَحُّ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَعَلَى ذَلِكَ
أَصْحَابُنَا . وَهُوَ إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ ،
وَإِخْتَارَهُ بَعْضُ أَصْحَابِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي تَرْكِ بِنَائِهِ إِضْرَارًا فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ ، كَمَا يُجْبَرُ
عَلَى الْقِسْمَةِ إِذَا طَلَبَهَا أَحَدُهُمَا ، وَعَلَى نَقْضِ الْحَائِطِ عِنْدَ خَوْفِ سُقُوطِهِ
عَلَيْهِمَا ، وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(١) . وَهَذَا وَشَرِيكُهُ

قوله : وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ ، فَانْهَدَمَ ، فَطَالَِبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِنِائِهِ مَعَهُ ،
أُجِبَ عَلَيْهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلَارَيْبٍ . وَنَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ الْقَاسِمِ ، وَحَرْبٍ ،
وَسِنْدِيِّ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : إِخْتَارَهُ أَصْحَابُنَا . قَالَ
ابْنُ عَقِيلٍ : عَلَيْهِ أَصْحَابُنَا . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا أَصَحُّ . قَالَ^(٢) فِي « الرَّعَايَةِ
الْكُبْرَى » : لَزِمَ الْآخَرُ عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْحَاوِثَيْنِ » ، وَ « الْفَائِتِي » ،

(١) فِي م : « إِضْرَارَ » . وَالحديث تقدم ترجمته في ٣٦٨/٦ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ط .

يَتَصَرَّرَانِ فِي تَرْكِ بِنَائِهِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يُجْبَرُ . نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ . وَهُوَ أَقْوَى فِي النَّظَرِ ، وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ مَالُكَهُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ بِنَاءٌ حَائِطٌ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَالْإِتْدَاءِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يُجْبَرَ عَلَى بِنَائِهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، أَوْ لِحَقِّ جَارِهِ ، أَوْ لِهَمَا جَمِيعًا ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْبَرَ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ ، وَلَا لِحَقِّ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ جَارُهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَاحِدًا مِنْهُمَا مُوجِبًا عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا . وَفَارَقَ الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّهَا دَفْعٌ لِلضَّرَرِ عَنْهُمَا بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَالْبِنَاءُ فِيهِ ضَرَرٌ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْعَرَامَةِ وَإِنْفَاقِ مَالِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِجْبَارِهِ عَلَى إِزَالَةِ الضَّرَرِ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، إِجْبَارُهُ عَلَى إِزَالَتِهِ بِمَا فِيهِ ضَرَرٌ ، بِدَلِيلِ قِسْمَةِ مَا فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ . وَيُفَارِقُ هَذِمَ الْحَائِطِ إِذَا خِيفَ سُقُوطُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَخَافُ سُقُوطَهُ عَلَى مَا يَتَلَفُهُ ،

وغيرهم: أجبر ، في أصح الروايتين . قال ابن رزین : اختاره أكثر الأشيخ . قال في « القواعد الفقهية » : هذا المذهب ، نص عليه في رواية جماعة . وجرم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في ، « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الرعاية الصغرى » ، وغيرهم . وهو من المفردات . وعنه ، لا يجبر . اختاره المصنف ، والشارح ، وقال : هو أقوى في النظر . واختاره أبو محمد الجوزي أيضًا . قال ابن رزین في « شرحه » : وهو أظهر ، كبناء حائط بين ملكيهما^(١) . فعلى الرواية الثانية ، قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لو بناه ، ثم أراد نقضه ؛ فإن كان

(١) في الأصل ، ط : « ملكهما » .

الشرح الكبير
فَيُجْبَرُ عَلَى مَا يُزِيلُ ذَلِكَ ، وَلِذَلِكَ ^(١) يُجْبَرُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَنْفَرَدَ بِالْحَائِطِ ،
بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ فِي تَرْكِهِ إِضْرَارًا ، فَإِنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا حَصَلَ
بِإِهْدَامِهِ ، وَإِنَّمَا تَرَكَ الْبِنَاءَ تَرْكًا لِمَا يَحْصُلُ النِّفْعُ بِهِ ، وَهَذَا لَا يُمْنَعُ الْإِنْسَانُ
مِنْهُ ، بِدَلِيلِ حَالَةِ الْإِبْتِدَاءِ . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ إِضْرَارٌ ، لَكِنْ فِي الْإِجْبَارِ
إِضْرَارٌ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، وَلَآئِذَا قَدْ يَكُونُ الْمُتَمَتِّعُ لَا نَفْعَ لَهُ فِي
الْحَائِطِ ، أَوْ يَكُونُ الضَّرَرُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ النِّفْعِ ، أَوْ يَكُونُ مُعْسِرًا لَيْسَ مَعَهُ
شَيْءٌ ، فَيُكَلِّفُ الْغَرَامَةَ مَعَ عَجْزِهِ عَنْهَا .

الإنصاف
بِنَاءِ بَالْتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ بِنَاءُهُ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ نَقْضُهُ ، فَإِنْ قَالَ الشَّرِيكُ :
أَنَا أَذْفَعُ إِلَيْكَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَلَا تَنْقُضْهُ . لَمْ يُجْبَرْ عَلَى ذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ غَيْرُ الْبَانِي
نَقْضَهُ ، أَوْ إِجْبَارَ بَانِيهِ عَلَى نَقْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، عَلَى كِلَا الرِّوَايَتَيْنِ . انْتَهَى .
وَيَأْتِي الْحُكْمُ ، إِذَا قُلْنَا : يُجْبَرُ . فِي آخِرِ الْمَسْأَلَةِ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ أَيْضًا ،
لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنْ بِنَائِهِ ، لَكِنْ إِنْ بَنَاهُ بِأَلْتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ
بِهِ قَبْلَ أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ قِيَمَةِ عَمَلِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ
فِي « الْفُرُوعِ » : لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ ، فِي الْأَشْهَرِ ، كَمَا لَيْسَ لَهُ نَقْضُهُ . قَالَ
فِي « الْكَافِي » : عَادَ بَيْنَهُمَا ، كَمَا كَانَ بِرُسُومِهِ وَحُقُوقِهِ [١٣٣/٢] ؛ لِأَنَّهُ عَادَ
بَعَيْنِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالسَّبْعِينَ » : هُوَ قَوْلُ
الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالْأَكْثَرِينَ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّهَائَةِ » ،
وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَقِيلَ : لَهُ مَنَعُهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ حَتَّى يُعْطِيَهُ

(١) فِي ر ، ر ، ١ ، ق : « كَذَلِكَ » .

لَكِنْ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنْ بِنَائِهِ . فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ بَنَاهُ
بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِلْآخِرِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ . فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ ،
خَيْرَ الْبَانِي بَيْنَ أَخْذِ نِصْفِ قِيَمَتِهِ مِنْهُ وَبَيْنَ أَخْذِ آلَتِهِ .

١٨٩٩ - مسألة : (وليس له منعه من بنائه) يعنى على الرواية
التي تقول : لا يجبر الممتنع إذا أراد شريكه البناء . فليس له منعه ؛ لأن
له حقاً في الحملِ ورسمًا ، فلا يجوزُ منعه منه .

١٩٠٠ - مسألة : (فإن بناه بآلته ، فهو بينهما ، وإن بناه بآلة من
عنده ، فهو له ، وليس للآخر الانتفاع به . فإن طلب الانتفاع به ، خیر
الباني [٩٦/٤ ط] بين أخذِ نصفِ قيمته وبين أخذِ آلته (وجُملةُ ذلك ، أن

نصفَ قيمةِ العملِ . جزم به في « المُستوعِب » ، و « المُجرَّد » ،
و « الحاوِئين » . وهو ظاهرٌ ما قدّمه في « الفائق » . وهو ظاهرٌ كلامِ ابنِ أبي
موسى ، والقاضى في « خلافه » . وحكاه في « التلخيص » ، عن بعضِ متأخري
الأصحابِ . قال ابنُ منجّي في « شرحه » : وفيما ذكره الأصحاب - من عدمِ
منعه من الانتفاع به قبل أن يُعطيه نصفَ قيمةِ عمله - نظرٌ ، بل ينبغي أن الثاني
يملكُ منعَ شريكه من التصرف فيه ، حتى يُؤدّى ما يخصّه من العرامة الواقعة بأجرة
المثل ؛ لأنه لو لم يكن كذلك ، لأدّى إلى ضياعِ حقِّ الشريك . انتهى . قلتُ :
وهو الصوابُ . قال في « الوجيز » : وإذا بنى أحدهما الحائطَ بأنقاضه ، فهو بينهما ،
إن أدّى الآخرُ نصفَ قيمةِ التآلفِ .

قوله على الرواية الثانية : وإن بناه بآلة من عنده فهو له - ولا يحتاج إلى إذن
حاكمٍ في بنائه . صرح به القاضى في « خلافه » . وقدّمه في « القواعد » . واعتبر

لِلشَّرِيكِ بِنَاءَ الْحَائِطِ بِانْقَاضِهِ ، وَلِه بِنَاؤُهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ
وَأَنْقَاضِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا^(١) عَلَى الشَّرِكَةِ ، كَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّ الْمُتَّفَقَ إِنَّمَا اُنْفَقَ
عَلَى التَّالِفِ ، وَذَلِكَ أَثَرٌ لَا عَيْنٌ يَمْلِكُهَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ^(٢) مِنْ عِنْدِهِ^(٣) ،
فَالْحَائِطُ مِلْكُهُ خَاصَّةً ، وَلِه مَنَعُ شَرِيكِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، وَمِنْ وَضْعِ خَشْبِهِ
وَرُسُومِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَهُ . فَإِنْ أَرَادَ نَقْضَهُ وَكَانَ بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، فَلَيْسَ
لِه نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُمَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِمَا فِيهِ مَضَرَّةٌ عَلَيْهِمَا .
وَإِنْ كَانَ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلِه نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِمِلْكِهِ . فَإِنْ قَالَ
شَرِيكُهُ : أَنَا أَذْفَعُ إِلَيْكَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَلَا تَنْقُضُهُ . لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا
لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبِنَاءِ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْإِبْقَاءِ . وَإِنْ أَرَادَ غَيْرُ الْبَانِي نَقْضَهُ ، وَإِجْبَارَ
بَانِيهِ عَلَى نَقْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ عَلَى كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ
مَنْعَهُ مِنْ بِنَائِهِ ،^(٤) «فَلَا نَ لَا»^(٥) يَمْلِكُ إِجْبَارَهُ عَلَى نَقْضِهِ أَوَّلَى . فَإِنْ كَانَ لَهُ

الإنصاف في « الْمَجْرَدِ » إِذَنْ الْحَاكِمِ . وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يُشْهَدُ عَلَى ذَلِكَ - وَلَيْسَ لِلآخِرِ
الْإِنْتِفَاعُ بِهِ . فَلِه مَنَعُ شَرِيكِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، وَمِنْ وَضْعِ خَشْبِهِ وَرُسُومِهِ حَتَّى
يَذْفَعَ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ . صَرَّحَ بِذَلِكَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ،
و « الْقَوَاعِدِ » . قَالَ فِي « الْفَاتِي » : اخْتَصَّ بِهِ وَبَنَفَعَهُ دُونَ أَرْضِهِ . قَالَ فِي
« الْحَاوِيَيْنِ » : مِلْكُهُ الْبَانِي خَاصَّةً ، وَلَيْسَ لِشَرِيكِهِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ . فَإِنْ كَانَ لَغَيْرِ الْبَانِي
رَسْمٌ طَرَحَ^(٦) أَخْشَابٍ ، فَالْبَانِي مُخَيَّرٌ^(٧) بَيْنَ أَنْ يُمْكِنَهُ^(٨) مِنْ وَضْعِ أَخْشَابِهِ -

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) في الأصل : « فَلَئَا » .

(٤) في ط : « صرح » .

(٥ - ٥) في الأصل ، ط : « إِمَّا يَمْلِكُهُ » .

على الحائطِ رَسْمُ انْتِفَاعٍ ، أو وَضْعُ خَشَبٍ ، قال له : إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ مِنِّي نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَتُمْكِّنَنِي مِنْ انْتِفَاعِي ، وَإِمَّا أَنْ تَقْلَعَ حَائِطَكَ ، لِنُعِيدَ الْبِنَاءَ بَيْنَنَا^(١) . فَيَلْزَمُ الْآخَرَ إِجَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ رُسُومِهِ وَانْتِفَاعِهِ بِنَائِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُرِدْ الْانْتِفَاعَ بِهِ ، فَطَالَبَهُ الثَّانِي بِالْعَرَامَةِ أَوِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْبَرَ عَلَى الْبِنَاءِ ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْعَرَامَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أُذِنَ فِي الْبِنَاءِ وَالْإِنْفَاقِ ، فَيَلْزَمُهُ مَا أُذِنَ فِيهِ . فَأَمَّا عَلَى الرُّوَايَةِ الْأُولَى ، فَمَتَى امْتَنَعَ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَخَذَ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، أَوْ إِذْنِ الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ مَتَى قَدَّرَ . وَإِذَا أَرَادَ بِنَاءَهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الشَّرِيكُ مَنَعَهُ . وَمَا أَنْفَقَ ؛ إِنْ تَبَرَّعَ بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ بِهِ ، وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ بِهِ ، فَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ بِذَلِكَ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا قَضَى دَيْنَهُ بغيرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ بَنَاهُ لِنَفْسِهِ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ . فَإِنْ أَرَادَ نَقْضَهُ فَلَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ شَرِيكُهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُجْبِرَ عَلَى بِنَائِهِ ، فَأَوْلَى أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِبْقَائِهِ .

وَيَأْخُذُ مِنْهُ نِصْفَ قِيَمَةِ الْحَائِطِ - وَيَبِينُ أَنْ يَأْخُذَ بِنَاءَهُ لِنُعِيدَ الْبِنَاءَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ يَشْتَرِ كَانَ فِي الطَّرْحِ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : وَإِنْ بَنَاهُ بِغَيْرِهَا ، فَلَهُ مَنَعُهُ مِنْ غَيْرِ رَسْمِ طَّرْحٍ خَشَبٍ . فظَاهِرُ كَلَامِهِ ، عَدَمُ الْمَنَعِ مِنَ الرُّسُومِ . وَقَدْ صَرَّحَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ

(١) فِي م : « مِنْ بَيْنَنَا » .

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا حَائِطٌ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ أَنْ يَبْنِيَا حَائِطًا يَحْجِزُ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، لَمْ يُجَبَّرِ الْآخَرُ عَلَيْهِ . رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . فَإِنْ أَرَادَ الْبِنَاءَ وَحْدَهُ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مِلْكٍ جَارِهِ الْمُخْتَصَّ بِهِ ، وَلَا فِي الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ مَا لَهُ فِيهِ رَسْمٌ ، وَهَذَا لَا رَسْمَ لَهُ فِيهِ .

الشرح الكبير

بِالْمَنْعِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُرَادَ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » بِالْجَوَازِ ، إِذَا كَانَ لَهُ حَقٌّ فِي ذَلِكَ ، وَأَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ بَعْدَ بِنَائِهِ . وَقَدْ صَرَّحَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، بَعْدَ كَلَامِهِمَا الْأَوَّلِ ، بِقَرِيبٍ مِنْ ذَلِكَ ؛ فَقَالَا : فَإِنْ كَانَ عَلَى الْحَائِطِ رَسْمٌ أَنْتِفَاعٍ ، أَوْ وَضَعَ خَشَبٍ ، قَالَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ مِنِّي نِصْفَ قِيمَتِهِ ، أَوْ تُمَكِّنَنِي مِنْ أَنْتِفَاعِي ، وَإِمَّا أَنْ تَقْلَعَ حَائِطَكَ لِتُعِيدَ الْبِنَاءَ بَيْنَنَا . فَيَلْزِمُ الْآخَرَ إِجَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ رُسُومِهِ وَأَنْتِفَاعِهِ بَيْنَاهُ . انْتَهَى . وَكَذَا قَالَ غَيْرُهُمَا .

الإيناف

فائدة : قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالسَّبْعِينَ » : فَإِنْ قِيلَ : فَعِنْدَ كَمَ لَا يَجُوزُ لِلْجَارِ مَنْعُ جَارِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِوَضْعِ خَشَبٍ عَلَى جِدَارِهِ ، فَكَيْفَ مَنَعْتُمْ هُنَا ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا مَنَعْنَا هُنَا مِنْ عَوْدِ الْحَقِّ الْقَدِيمِ الْمُتَضَمِّنِ لِمِلْكِ الْإِنْتِفَاعِ قَهْرًا ، سَوَاءً كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَأَمَّا التَّمَكُّينُ مِنَ الْوَضْعِ لِلْإِتِّفَاقِ ، فَتِلْكَ مَسْأَلَةٌ أُخْرَى ، وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ يَشْتَرِطُونَ فِيهَا الْحَاجَةَ أَوْ الضَّرُورَةَ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

قوله : فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ - يَعْنِي ، الشَّرِيكَ الَّذِي لَمْ يَبْنِ ، الْإِنْتِفَاعَ - خَيْرَ الْبَانِي بَيْنَ أَخْذِ نِصْفِ قِيمَتِهِ مِنْهُ ، وَبَيْنَ أَخْذِ آتِهِ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ لَوْ اخْتَارَ الْأَخْذَ ، فَالْصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَأْخُذُ نِصْفَ قِيمَةِ بِنَائِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ يَدْفَعُ مَا يَخْصُهُ كَغَرَامَةٍ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُهُ مَعْنَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

فصل : فإن كان السُّفْلُ لرجلٍ ، والعُلُوُّ لآخر ، فانْهَدَمَ السَّقْفُ الذى بينهما ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْمُبَانَاةَ مِنَ الْآخَرِ ، فامْتَنَعَ ، فهل يُجْبَرُ ؟ على روايتين ؛ [٩٧/٤] كالحائِطِ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ . وللشافعى فيه قولان . فإن انْهَدَمَتْ حِيطَانُ السُّفْلِ ، فَطَالَبه صَاحِبُ الْعُلُوِّ بِإِعَادَتِهَا ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يُجْبَرُ . وهو قول مالِكٍ ، وأبى ثورٍ ، وأحدُ قولَى الشافعى . فعلى هذه الرواية ، يُجْبَرُ على البناءِ وَحْدَهُ ؛ لَأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . والثانية ، لا يُجْبَرُ . وهو قول أبى حنيفة . وإن أراد صَاحِبُ الْعُلُوِّ بِنَاءَهُ ، لم يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ ، على الروايتين جَمِيعًا . فإن بناه بِآلَتِهِ ، فهو على ما كان ، وإن بناه بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فقد رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، لا يَتَنَفَّعُ بِهِ صَاحِبُ السُّفْلِ . يَعْنِي حَتَّى يُودَى الْقِيَمَةُ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَسْكُنُ . وهو قول أبى حنيفة ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ إِنَّمَا يُنْتَبِئُ لِلْمُسْكَنِ ، فلم يَمْلِكْهُ كغيره . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ

فوائد ؛ إحداهما ، إِذَا قُلْنَا : يُجْبَرُ عَلَى بِنَائِهِ مَعَهُ . وهو المذهب ، وامْتَنَعَ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَخَذَ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَيْنٌ^(١) مَالٍ ، باعَ مِنْ غُرُوضِهِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ، اقْتَرَضَ عَلَيْهِ . وَإِنْ عَمَّرَهُ شَرِيكُهُ بِإِذْنِهِ أَوْ إِذْنِ حَاكِمٍ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَرَادَ بِنَاءَهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الشَّرِيكُ مَنَعَهُ . وما أَنْفَقَ ، إِنْ تَبَرَّعَ بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ بِهِ ، فهل له الرُّجُوعُ ؟ . قال فى « الشَّرْحِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا قَضَى دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . انتهى .^(٢) قال فى « الفُرُوعِ » : وفيه - بَيِّنَةٌ رُجُوعُهُ عَلَى الْأَوَّلِ - الْخِلَافُ^(٣) . وَإِنْ بَنَاهُ

(١) فى ط : « غير » .

(٢ - ٣) زيادة من : ١ .

بالحيطان خاصة ؛ من طَرَحَ الخَشَبِ ، وَسَمَرَ الوَيْدِ ، وَفَتَحَ الطَّاقِ ، وَتَكُونُ لَهُ السُّكْنَى مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى إِنَّمَا هِيَ إِقَامَتُهُ فِي فِنَاءِ الْحَيْطَانِ مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ فِيهَا ، أَشْبَهَ الْاِسْتِظْلَالَ بِهَا مِنْ خَارِجٍ . فَأَمَّا إِنْ طَالَبَ صَاحِبُ السُّفْلِ بِالْبِنَاءِ ، وَأَبَى صَاحِبُ الْعُلُوِّ ، ففِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُجْبَرُ عَلَى بِنَائِهِ ، وَلَا مُسَاعَدَتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ مِلْكُ صَاحِبِ السُّفْلِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ غَيْرُهُ عَلَى بِنَائِهِ ، وَلَا الْمُسَاعَدَةِ فِيهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ عُلُوٌّ . وَالثَّانِيَةُ ، يُجْبَرُ عَلَى مُسَاعَدَتِهِ وَابْنَاءٍ مَعَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الدَّرْدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ حَائِطٌ يَشْتَرِ كَانَ فِي الِاتِّفَاعِ بِهِ ، أَشْبَهَ الْحَائِطَ بَيْنَ الدَّارَيْنِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ حَائِطٌ لِأَحَدِهِمَا ، فَانْهَدَمَ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ بِنَاءَهُ ، أَوْ الْمُسَاعَدَةَ فِي بِنَائِهِ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُتَمَتِّعُ مَالِكَهُ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى بِنَاءِ مِلْكِهِ الْمُخْتَصِّ بِهِ ، كَحَائِطِ الْآخَرِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُتَمَتِّعُ الْآخَرَ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى بِنَاءِ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلَا الْمُسَاعَدَةَ فِيهِ . وَلَا

لِنَفْسِهِ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ ، فَإِنْ أَرَادَ نَقْضَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ شَرِيكُهُ نِصْفَ قِيمَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ نَقْضُهُ ^(١) . الثَّانِيَةُ ، يُجْبَرُ الشَّرِيكُ عَلَى الْعِمَارَةِ مَعَ شَرِيكِهِ فِي الْأَمْثَالِ الْمُشْتَرَكَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَالرَّوَايَتَيْنِ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» وَغَيْرِهَا . وَعَنْهُ ، لَا يُجْبَرُ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ اسْتَهْدِمَ جِدَارُهُمَا ، أَوْ خِيفَ ضَرْرُهُ ، نَقْضَاهُ ؛ وَإِنْ أَبَى أَحَدُهُمَا [١٣٣/٢ ط] ، أَجْبَرَهُ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « بَعْضُهُ » .

الشرح الكبير

يَلْزَمُ عَلَى هَذَا حَائِطُ السُّفْلِ ، حَيْثُ يُجْبَرُ صَاحِبُهُ عَلَى بِنَائِهِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهِ بِمِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَ الْعُلُوِّ مَلِكُهُ مُسْتَحَقٌّ لِإِبْقَائِهِ عَلَى حَيْطَانِ السُّفْلِ دَائِمًا ، فَلِزِمَ صَاحِبُ السُّفْلِ تَمَكِينُهُ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وَطَرِيقُهُ الْبِنَاءُ ، فَلِذَلِكَ وَجَبَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْحَائِطِ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ بَعْدَ بِنَائِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِحَارِهِ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلِكُهُ خَاصَّةً . وَإِنْ أَرَادَ جَارُهُ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ ، أَوْ التَّصَرُّفَ فِيهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ .

الْحَاكِمُ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ ^(١) ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ إِذَا أَشْهَدَ عَلَى شَرِيكِهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقِيلَ : الْإِنْصَافُ بَلَى ، إِنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ بِنَقْضِهِ ، وَأَيُّهُمَا هَدَمَهُ ^(٢) إِذَنْ بغيرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ، فَهَدَرٌ . وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ إِعَادَتُهُ عَلَى صِفَتِهِ ، كَمَا لَوْ هَدَمَهُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى هَدْمِهِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْبَنَّا . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي أَوَاخِرِ الْعَصَبِ ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَنُبَيِّنُ الرَّاجِحَ فِي الْمَذْهَبِ هُنَاكَ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ أَرَادَ بِنَاءَ حَائِطٍ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، لَمْ يُجْبَرِ الْمُتَمَتِّعُ مِنْهُمَا ، وَيَتَنَبَّهُ الطَّلِبُ فِي مِلْكِهِ إِنْ شَاءَ . رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَمَنْ تَابَعَهُ . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَمْ يُفَرِّقْ بَعْضُ الْأَصْحَابِ ، ^(٣) اخْتَارَهُ شَيْخُنَا ^(٤) . يَعْنِي بِهِ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ اتَّفَقَا عَلَى بِنَاءِ حَائِطٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، عَلَى أَنَّ ثُلُثَهُ لَوَاحِدٍ ، وَثُلَاثِيهِ لِآخَرَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُحْمَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ ، لَمْ يَصِحَّ لِحُجَّتِهِ ، وَإِنْ وَصَفَا الْجَمْلَ ، فَفِي الصُّحَّةِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » : وَإِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « تَعَدَّدَ » .

(٢) فِي ط : « هَذِهِ » وَفِي الْأَصْلِ : « اخْتَارَهُ » .

(٣ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ط .

وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ بَيْتٌ ، أَوْ دُولَابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ،
وَاحْتِاجَ إِلَى عِمَارَةٍ ، فَفِي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ رِوَايَتَانِ .

فصل : ومتى هَدَمَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْحَائِطَ الْمُشْتَرَكِ ، أَوِ السَّقْفَ الَّذِي
[٩٧/٤ ظ] بَيْنَهُمَا ، نَظَرْتُ ، فَإِنْ خِيفَ سُقُوطُهُ ، وَوَجِبَ هَدْمُهُ ، فَلَا
شَيْءَ عَلَى هَادِمِهِ ، وَيَكُونُ كَالْوَاهِدِ هَدَمَ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَاجِبَ ، وَأَزَالَ
الضَّرَرَ الْحَاصِلَ بِسُقُوطِهِ . وَإِنْ هَدَمَهُ لغير ذلك ، فعليه إِعَادَتُهُ ، سَوَاءٌ^(١)
هَدَمَهُ لِحَاجَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، وَسَوَاءٌ التَّزَمَ إِعَادَتَهُ أَوْ لَمْ يَلْتَزِمْ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ حَصَلَ
بِفِعْلِهِ ، فَلَزِمَهُ إِزَالَتُهُ^(٢) .

فصل : فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى بِنَاءِ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَمِلْكُهُ
بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ وَالثُّلَاثَانِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُصَالِحُ عَنْ بَعْضِ مِلْكِهِ بِبَعْضٍ ،
فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُ بَدَارُ فَصَالَحَهُ عَلَى سُكْنَاهَا . وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُحْمَلَهُ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِجَهَالَةِ الْحِمْلِ ، فَإِنَّهُ يُحْمَلُهُ مِنَ الْأَثْقَالِ
مَا لَا طَاقَةَ لَهُ بِحَمْلِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، جَازَ .

١٩٠١ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ بَيْتٌ ، أَوْ دُولَابٌ^(٣) ،
أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، فَاحْتِاجَ إِلَى عِمَارَةٍ ، فَفِي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ رِوَايَتَانِ)

اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، صَحَّ^(٤) .

قوله : وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ بَيْتٌ ، أَوْ دُولَابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، وَاحْتِاجَ

(١) بعده في م : « كان » .

(٢) أى إزالة الضرر .

(٣) الدُولَاب : الآلة التى تديرها الدابة ليستقى بها والناعورة هى الدولاب ويديرها الماء .

(٤) سقط من : الأصل ، ط .

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا مَنَعٌ صَاحِبِهِ مِنْ عِمَارَتِهِ ، فَإِذَا عَمَرَهُ ، فَالْمَاءُ بَيْنَهُمَا
عَلَى الشَّرَكَةِ .

الشرح الكبير بناءً على الحائِطِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا انْهَدَمَ . وَحُكِيَ عَنْ أَيْ حَنِيفَةٍ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ هَهُنَا
عَلَى الْإِنْفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَّكُنُ شَرِيكُهُ مِنْ مُقَاسَمَتِهِ ، فَيَتَضَرَّرُ ، بِخِلَافِ
الحائِطِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُمَا قِسْمَةُ الْعَرَصَةِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالْأَوَّلَى
التَّسْوِيَةُ ؛ لِأَنَّ فِي قِسْمَةِ الْعَرَصَةِ إِضْرَارًا بِهِمَا ، وَالْإِنْفَاقُ أَرْفَقُ بِهِمَا ، فَكَانَا
سَوَاءً .

١٩٠٢ - مسألة : (وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا مَنَعٌ صَاحِبِهِ مِنْ عِمَارَتِهِ
كَالْحَائِطِ ، فَإِنْ عَمَرَهُ ، فَالْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرَكَةِ) أَمَّا الدُّوْلَابُ

إِلَى عِمَارَةٍ ، فَفِي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ رِوَايَتَانِ . إِحْدَاهُمَا ، يُجْبَرُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ
أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي
« التَّصْحِيحِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يُجْبَرُ . وَاعْلَمْ
أَنَّ الْحُكْمَ هُنَا وَالْخِلَافَ ، كَالْخِلَافِ فِي الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ إِذَا انْهَدَمَ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ،
نَقْلًا وَمَذْهَبًا وَتَفْصِيلًا . قَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ،
وَصَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ،
وَ« التَّلْخِصِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ .
وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : يُجْبَرُ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَحُكِيَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي الْحَائِطِ . قَالَ
فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَالْفَرْقُ أَنَّ الْحَائِطَ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ ، بِخِلَافِ الْقَنَاةِ وَالْبُئْرِ .
قوله : وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا مَنَعٌ صَاحِبِهِ مِنْ عِمَارَتِهِ . بِلَا نِزَاعٍ .

(١) في : المغنى ٤٩/٧ .

والتأغورة ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ في الحائِطِ ، على ما ذَكَرناه . وأما النَّهْرُ
والْبَيْتُ ، فلكلِّ واحدٍ منهما الإنْفَاقُ عليه ، وإذا أنْفَقَ عليه ، لم يَكُنْ له مَنعُ
الْآخَرِ مِنْ نَصِيْبِهِ مِنَ الْمَاءِ ؛ لَأَنَّهُ يَنْبُعُ مِنْ مِلْكِهِمَا ، وإنَّما أَثَرُ أَحَدُهما في
نَقْلِ الطِّينِ مِنْهُ ، وليس له فيه عَيْنُ مالٍ ، فَأَشْبَهَ الحائِطَ إِذَا بَنَاهُ بِآلَتِهِ ،
وَالْحُكْمُ في الرُّجُوعِ بِالنَّقْعَةِ ، حُكْمُ الرُّجُوعِ في النَّقْعَةِ على الحائِطِ ، على
ما مَضَى .

الشرح الكبير

وقوله : فإذا عَمَرَهُ ، فالْماءُ بَيْنَهُما على الشَّرِكَةِ . هذا المذهبُ ؛ لأنَّ الماءَ باقٍ
على ما كان عليه مِنَ الْمِلْكِ والإِبَاحَةِ . وعليه جماهيرُ الْأَصْحَابِ ؛ منهم القاضي ،
في « الْمُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ،
وصاحبُ « التَّلْخِيصِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وغيرُهُمْ . وفي « الْخِلَافِ الْكَبِيرِ »
للقاضي ، و « التَّمَامِ » لأبي الْحُسَيْنِ ، له الْمَنعُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالقَنَاةِ . قال في
« الْقَوَاعِدِ » : وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ أَحْمَدَ بِالْمَنعِ مِنْ سُكْنَى السُّفْلِ إِذَا بَنَاهُ صَاحِبُ الْعُلُوِّ ،
وَمَنعُ الشَّرِيكِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِالْحَائِطِ إِذَا أُعِيدَ بِآلَتِهِ الْعَيْقَةِ . قلتُ : وهو الصَّوَابُ .

الإنصاف

فوائد ؛ الأولى ، لو اتَّفَقَا على بِنَاءِ حائِطٍ بُسْتَانٍ ، فَبَنَى أَحَدُهما ، فَمَا تَلَفَ مِنَ
الثَّمَرَةِ بِسَبَبِ إِهْمَالِ الْآخَرِ ، يَضُمُّهُ الَّذِي أَهْمَلَ . قاله الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . الثَّانِيَّةُ ،
لو كان السُّفْلُ لَوَاحِدٍ ، وَالْعُلُوُّ لآخَرَ ، فَالسَّقْفُ بَيْنَهُما ، لا لصاحبِ الْعُلُوِّ . على
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وإِجْبَارُ ، إِذَا انْهَدَمَ السَّقْفُ ، كما تَقَدَّمَ في الحائِطِ الَّذِي
بَيْنَهُمَا إِذَا انْهَدَمَ . ولو انْهَدَمَ الْجَمِيعُ ، فَلَرَبُّ الْعُلُوِّ إِجْبَارُ صَاحِبِ السُّفْلِ على بِنَائِهِ .
على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال في « الْبُلْعَةِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و
« الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » : أَجِبَ في أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . واختارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ في

الشرح الكبير

فصل : وليس للرجل التَّصَرُّفُ في مِلْكِهِ بما يَصُرُّ^(١) (به جاره^(٢)) ، نحو
 أَنْ يَبْنِيَ حَمَامًا بَيْنَ الدُّورِ ، أَوْ يَفْتَحَ خَبَازًا بَيْنَ الْعَطَارِينَ ، أَوْ يَجْعَلَهُ دُكَّانَ
 قِصَارَةٍ يَهْزُ الحَيْطَانُ وَيُخَرِّبُهَا ، أَوْ يَخْفِرَ بئرًا إلى جَانِبِ بئرِ جَارِهِ يَجْتَذِبُ
 مَاءَهَا . وبهذا قال بعضُ الحَنَفِيَّةِ . وعن أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى : لَا يُمْنَعُ .
 وبه قال الشافعيُّ ، وبعضُ الحَنَفِيَّةِ ؛ لَأَنَّهُ تَصَرَّفُ في مِلْكِهِ الْمُخْتَصُّ بِهِ ،
 وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ ، كَمَا لو طَبَخَ في دَارِهِ أَوْ خَبَزَ فِيهَا .
 وَسَلَّمُوا أَنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ الدَّقِّ الَّذِي يَهْدِمُ الحَيْطَانَ وَيَنْشُرُهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ
 ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »^(٣) . وَلَأَنَّ هَذَا إِضْرَارٌ بِجِيرَانِهِ ، فَمُنِعَ
 مِنْهُ ، كَالَّذِي سَلَّمُوهُ ، وَكَسَقَى الْأَرْضَ الَّذِي يَتَعَدَّى إِلَى هَدْمِ حَائِطِ
 جَارِهِ ، أَوْ إِشْعَالِ نَارٍ يَتَعَدَّى إِلَى إِحْرَاقِهِ . قَالُوا : هَهُنَا تَعَدَّتِ النَّارُ الَّتِي
 أَضْرَمَهَا ، وَالْمَاءُ [٩٨/٤] الَّذِي أَرْسَلَهُ ، فَكَانَ مُرْسِلًا لِدَلِّكَ فِي مِلْكِ
 غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ مَا لو أَرْسَلَهُ إِلَيْهَا قَصْدًا . قُلْنَا : وَالدُّخَانُ^(٤) هُوَ أَجْزَاءُ الْحَرِيقِ
 الَّذِي أَحْرَقَهُ ، فَكَانَ مُرْسِلًا لَهُ فِي مِلْكِ جَارِهِ ، فَهُوَ كَالنَّارِ وَالْمَاءِ ، وَأَمَّا
 دُخَانُ الْخَبْزِ وَالطَّبِيخِ ، فَإِنَّ ضَرَرَهُ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، وَتَدْخُلُهُ
 الْمُسَامَحَةُ .

« تَذَكَّرْتَهُ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْحَاوِيَيْنِ » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ ، وَ « الْقَوَاعِدِ » .
 الْإِنْصَافُ . وَعَنْهُ ، لَا يُجْبَرُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ،

(١ - ١) في م : « بجاره » .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

(٣) بعده في م : « الذي » .

فصل : فَإِنْ كَانَ سَطْحُ أَحَدِهِمَا أَعْلَى مِنْ سَطْحِ الْآخَرِ ، فَلَيْسَ لِمُصَاحِبِ الْأَعْلَى الصُّعُودُ عَلَى سَطْحِهِ عَلَى وَجْهِ يُشْرِفُ عَلَى سَطْحِ جَارِهِ ، إِلَّا أَنْ يَنْبَنِيَ سُتْرَةٌ تَسْتُرُهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَلْزَمُهُ سِتْرُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَاجِزٌ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَلَمْ يُجْبَرْ أَحَدُهُمَا عَلَيْهِ ، كَالْأَسْفَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِضْرَارٌ بِجَارِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَدَقِّ يَهْزُ الْحَيْطَانِ ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَكْشِفُ جَارَهُ ، وَيَطْلُعُ

الشرح الكبير

و « الفروع » . فعلى المذهب ، هل ينفرد صاحب السفل ببناء السفل ، أو يشركه فيه صاحب العلو ، ويُجبر عليه إذا طلبه صاحب السفل ؟ فيه روايتان . وأطلقهما في « المغنى » ، و « التلخيص » ، و « الشرح » ، و « الفائق » ، و « القواعد » ؛ إحداهما ، ينفرد صاحب السفل بالبناء إلى حده ، وينفرد صاحب العلو ببنائه . وهو المذهب . قدمه في « المحرر » ، و « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويين » . (١) وجزم به في « المغنى » ، و « الشرح » (٢) . والثانية ، يشركه صاحب العلو فيما يحمله منه ، ويُجبر عليه إذا امتنع . وعلى الثانية ، في أصل المسألة - وهو أنه لا يُجبر - لصاحب العلو بناء السفل ، وفي منعه السكنى ما سلف من الخلاف فيما إذا كان بينهما حائط . الثالثة ، لو كان بينهما طبقة ثالثة ، فهل يشترك الثلاثة في بناء السفل ، والاثنان في بناء الوسط ؟ فيه الروايتان المتقدمتان ، حكما ومذهباً . وكذا الطبقة الرابعة فأكثر . وصاحب الوسط ، من فوّقه كمن تحته معه . قال في « الفروع » : إذا كانوا ثلاث طباق ، فإن بنى رب العلو ، ففى منع رب السفل الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة احتمالان . قلت : الأولى المنع . والله أعلم .

الإيناف

على حُرْمِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُطْلِعَ إِلَيْهِ^(١) مِنْ صِيرٍ بِأَبِهِ أَوْ خَصَاصِهِ^(٢) ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا أُطْلِعَ إِلَيْكَ ، فَحَذَفَتْهُ بِخَصَاصَةٍ ، فَفَقَّاتَ عَيْنَهُ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ »^(٣) . وَيُفَارِقُ الْأُسْفَلَ ؛ فَإِنَّ تَصَرُّفَهُ لَا يَضُرُّ بِالْأَعْلَى ، وَلَا يَكْشِفُ دَارَهُ .

(١) فِي ق ، م ، هـ : عَلَيْهِ .

(٢) صِيرِ الْبَاب : شَقَهُ عِنْدَ مُلْتَقَى الرِّجَالِ وَالْعِضَادَةِ . وَالْخِصَاصُ : جَمْعُ الْخِصَاصَةِ ، وَهِيَ الْفَرْجَةُ أَوْ الْخُلْلُ أَوْ الْخَزَقُ ، فِي بَابٍ أَوْ غَيْرِهِ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابٍ مِنْ أَخَذَ حَقَّهُ أَوْ اقْتَصَرَ دُونَ السُّلْطَانِ ، وَبَابٍ مِنْ أُطْلِعَ فِي بَيْتِ قَوْمٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاثِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ النَّظَرِ فِي بَيْتِ غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَابِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٦٩٩ .

كِتَابُ الْحَجَرِ

[١١٦ و] وَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ حَجَرٌ لِحَقِّ الْغَيْرِ ، نَذَرُ مِنْهُ

كِتَابُ (١) الْحَجَرِ

الْحَجَرُ فِي اللَّغَةِ : الْمَنْعُ وَالتَّضْيِيقُ . وَمِنْهُ سُمِّيَ الْحَرَامُ حَجَرًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَيَقُولُونَ حَجْرًا مَحْجُورًا ﴾ (١) . أَيْ حَرَامًا مُحَرَّمًا . وَيُسَمَّى الْعَقْلُ حَجْرًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ ﴾ (٢) . أَيْ عَقْلٍ ، سُمِّيَ حَجْرًا ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ صَاحِبَهُ مِنْ ارْتِكَابِ مَا يَقْبُحُ . وَهُوَ فِي الشَّرْعِ : مَنَعُ الْإِنْسَانِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ .

١٩٠٣ - مسألة : (وهو على ضَرْبَيْنِ) حَجَرٌ عَلَى الْإِنْسَانِ لِحَظِّ نَفْسِهِ ، وَ (حَجَرٌ لِحَقِّ غَيْرِهِ) كَالْحَجَرِ عَلَى الْمَرِيضِ فِي التَّبَرُّعِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، وَعَلَى الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ لِحَقِّ السَّيِّدِ ، وَالرَّاهِنُ يُحَجَرُ عَلَيْهِ فِي الرَّهْنِ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ . وَلِهَذَا أَبْوَابٌ يُذَكَّرُونَ فِيهَا . وَمِنْ

كِتَابُ الْحَجَرِ

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْحَجَرُ عِبَارَةٌ عَنْ مَنَعِ الْحَاكِمِ مَنْ عَلَيْهِ ذَنْبٌ حَالٌ يَعْجِزُ عَنْهُ مَالُهُ الْمَوْجُودُ مُدَّةَ الْحَجَرِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ .
الثَّانِيَةُ ، قَوْلُهُ : وَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ حَجَرٌ لِحَقِّ الْغَيْرِ . وَحَجَرٌ لِحَقِّ نَفْسِهِ .

(١) فِي م : ٥ بَاب ٥ .

(٢) سُورَةُ الْفِرْقَانِ ٢٢ .

(٣) سُورَةُ الْفَجْرِ ٥ .

المقنع هَهُنَا الْحَجَرُ عَلَى الْمُفْلِسِ .

الشرح الكبير

ذلك (الْحَجَرُ عَلَى الْمُفْلِسِ) لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ ، وهو الْمَذْكُورُ هَهُنَا .
وَالْمُفْلِسُ : هو الذي لا مالَ له ، ولا ما يَدْفَعُ به حَاجَتَهُ ؛ ولهذا لَمَّا قَالَ
النَّبِيُّ ﷺ لِأَصْحَابِهِ : « أَتَذَرُونَ مِنَ الْمُفْلِسِ ؟ » . قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ،
الْمُفْلِسُ فَيَنَامُ لَا دِرْهَمَ لَهُ وَلَا مَتَاعَ . قَالَ : « لَيْسَ ذَلِكَ الْمُفْلِسَ ، وَلَكِنَّ
الْمُفْلِسَ مَنْ يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الْجِبَالِ ، وَيَأْتِي وَقَدْ ضَرَبَ
هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، « وَأَكَلَ مَالَ هَذَا » ، وَأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ
هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ أَخَذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ
فَرَدَّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صُكِّ لَهُ صُكٌّ إِلَى النَّارِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ بِمَعْنَاهُ (٢) . فَقَوْلُهُمْ

الإنصاف

فَالْحَجَرُ لِحَقِّ الْغَيْرِ ؛ كَالْحَجَرِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَالْمَرِيضِ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ ،
وَالْعَبْدِ ، وَالْمُكَاتَبِ ، وَالْمُشْتَرَى إِذَا كَانَ الثَّمَنُ فِي الْبَلَدِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كَلَامِ
الْمُصَنِّفِ ، فِي آخِرِ فَصْلِ خِيَارِ التَّوْلِيَةِ وَالرَّهْنِ (٣) ، وَالزَّوْجَةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ
فِي التَّبَرُّعِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي الْبَابِ . وَالْحَجَرُ لِحَقِّ نَفْسِهِ ؛ كَالْحَجَرِ عَلَى الصَّغِيرِ
وَالْمَجْنُونِ ، وَالسَّفِيهِ . فَهَذِهِ عَشْرَةُ أَسْبَابٍ لِلْحَجَرِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَا
يَحْجَرُ الْحَاكِمُ عَلَى مُقْتَرٍ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ . وَاخْتَارَ الْأَرْجَى ، بَلَى . فَيَكُونُ هَذَا
سَبَبًا آخَرَ ، عَلَى قَوْلِهِ .

(١ - ١) زيادة من : م . وهي عند مسلم والإمام أحمد .

(٢) في : باب تحريم الظلم ، من كتاب البر . صحيح مسلم ١٩٩٧/٤ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٣/٢ ، ٣٣٤ ، ٣٧٢ .

(٣) في ١ : « الراهن » .

ذلك إخباراً عن حَقِيقَةِ الْمُفْلِسِ ، وقولُ النبي ﷺ : « لَيْسَ ذَلِكَ ^(١) الْمُفْلِسُ » [٩٨/٤ ظ] . تَجَوَّزَ لم يُرِدْ به نَفْيَ الْحَقِيقَةِ ، بل أراد أنْ فَلَسَ الْآخِرَةَ أَشَدُّ وَأَعْظَمُ ؛ بحيثَ يَصِيرُ مُفْلِسُ الدُّنْيَا بِالنَّسْبَةِ إِلَيْهِ كَالْغَنِيِّ . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرْعَةِ ، إِنَّمَا الشَّدِيدُ الَّذِي يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ » ^(٢) . وقَوْلُهُ : « لَيْسَ الْغَنَى عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ، إِنَّمَا الْغَنَى غِنَى النَّفْسِ » ^(٣) . ومنه قولُ الشَّاعِرِ ^(٤) :

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَا حَ بَمَيِّتٍ إِنَّمَا الْمَيِّتُ مَيِّتُ الْأَحْيَاءِ
قِيلَ : إِنَّمَا سُمِّيَ هَذَا مُفْلِسًا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ إِلَّا الْفُلُوسَ ، وَهِيَ أَدْنَى أَنْوَاعِ الْمَالِ . وَالْمُفْلِسُ فِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ : مَنْ دَيْنُهُ أَكْثَرُ مِنْ مَالِهِ . وَسَمَّوْهُ مُفْلِسًا وَإِنْ كَانَ ذَا مَالٍ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ مُسْتَحَقُّ الصَّرْفِ فِي جِهَةِ دَيْنِهِ ، فَكَأَنَّهُ مَعْدُومٌ . وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ تَفْسِيرُ النَّبِيِّ ﷺ مُفْلِسَ الْآخِرَةِ ، فَإِنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّ لَهُ حَسَنَاتٍ أَمْثَالَ الْجِبَالِ ، لَكِنَّهَا لَا تَفِي بِمَا عَلَيْهِ ، فَقَسِمَتْ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ ،

(١) في الأصل ، ر : ذلکم .

(٢) تقدم تخريجه في ٢١١/٧ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب الغنى غنى النفس ، من كتاب الرقاق . صحيح البخاري ١١٨/٨ . ومسلم ، في : باب ليس الغنى عن كثرة العرض ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٢٦/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن الغنى غنى النفس ، من أبواب الزهد . عارضة الأحوذى ٢٢١/٩ . وابن ماجه ، في : باب القناعة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٣٨٦/٢ . والإمام أحمد ، في المسند ٢٤٣/٢ ، ٢٦١ ، ٣١٥ ، ٣٩٠ ، ٤٣٨ ، ٤٤٣ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

(٤) نسب ابن منظور البيت ، في اللسان (موت) ، إلى غدي بن الرعلاء الغساني ، أحد بني عمرو بن مازن ، والرعلاء أمه ، وكذلك نسب ابن يعيش في : شرح المفصل ٦٩/١٠ . ونسبه ياقوت ، في معجم الأدباء ٩/١٢ إلى صالح بن عبد القدوس .

المقنع وَمَنْ لَزِمَهُ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، لَمْ يُطَالَبْ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَلَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ مِنْ أَجَلِهِ . فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلِعَرِيْمِهِ مَنَعُهُ ، إِلَّا أَنْ يُوَثِّقَهُ بَرَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ .

الشرح الكبير وَبَقِيَ لَا شَيْءَ لَهُ . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سُمِّيَ بِذَلِكَ ؛ لِإِمَّا يَقُولُ إِلَيْهِ مِنْ عَدَمِ مَالِهِ بَعْدَ وَفَاءِ دَيْنِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سُمِّيَ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، إِلَّا الشَّيْءَ التَّافَةَ الَّذِي لَا يَعِيشُ إِلَّا بِهِ ، كَالْفُلُوسِ .

١٩٠٤ - مسألة : (وَمَنْ لَزِمَهُ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، لَمْ يُطَالَبْ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ (وَلَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ مِنْ أَجَلِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الْمُطَابَقَةَ بِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ مَنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِسَبَبِهِ . فَإِنْ كَانَ بَعْضُ دَيْنِهِ مُوَجَّلًا ، وَبَعْضُهُ حَالًا ، وَكَانَ مَالُهُ يَفِي بِالْحَالِ ، لَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ أَيْضًا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إِنْ ظَهَرَتْ أُمَارَاتُ الْفَلَسِ ؛ لَكُونَ مَالِهِ بِإِزَاءِ دَيْنِهِ ، وَلَا نَفَقَةَ لَهُ إِلَّا مِنْ مَالِهِ ، حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَالَهُ يَعْجِزُ عَنْ دُيُونِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَانَ مَالُهُ نَاقِصًا . وَلَنَا ، أَنَّ مَالَهُ وَافٍ بِمَا يَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ ، فَلَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَظْهَرْ أُمَارَاتُ الْفَلَسِ ، وَلِأَنَّ الْغُرَمَاءَ لَا يُمَكِّنُهُمْ طَلَبُ حُقُوقِهِمْ فِي الْحَالِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْحَجْرِ .

١٩٠٥ - مسألة : (فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلِعَرِيْمِهِ مَنَعُهُ ، إِلَّا أَنْ يُوَثِّقَهُ بَرَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَدِينِ إِذَا أَرَادَ

الإنصاف تنبيه : قَوْلُهُ : فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلِعَرِيْمِهِ مَنَعُهُ ، إِلَّا أَنْ يُوَثِّقَهُ بَرَهْنٍ ، أَوْ كَفِيلٍ . بِإِزَاعٍ . لَكِنْ مِنْ شَرْطِ الْكَفِيلِ ، أَنْ يَكُونَ مَلِيًّا . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَهُوَ وَاضِحٌ .

وَإِنْ كَانَ لَا يَحِلُّ قَبْلَهُ ، فَفِي مَنَعِهِ رِوَايَتَانِ .

المنع

الشرح الكبير

السَّفَرُ ، وَأَرَادَ غَرِيْمُهُ مَنَعُهُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ مَحِلُّ الدَّيْنِ قَبْلَ مَحِلِّ قُدُومِهِ مِنَ السَّفَرِ ، كَمَنْ يُسَافِرُ إِلَى الْحَجِّ لَا يَقْدُمُ إِلَّا فِي صَفَرٍ ، وَدَيْنُهُ يَحِلُّ فِي الْمُحَرَّمِ ، فَلَهُ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي تَأْخِيرِ حَقِّهِ عَنْ مَحَلِّهِ . فَإِنْ أَقَامَ ضَمِيمًا مَلِيئًا ، أَوْ دَفَعَ رَهْنًا يَفِي بِالَدَّيْنِ عِنْدَ الْمَحِلِّ ، فَلَهُ السَّفَرُ ؛ لَزَوَالِ الضَّرَرِ بِذَلِكَ .

١٩٠٦ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ لَا يَحِلُّ) الدَّيْنُ (قَبْلَهُ ، فَفِي مَنَعِهِ رِوَايَتَانِ) أَمَّا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ لَا يَحِلُّ إِلَّا بَعْدَ مَحِلِّ السَّفَرِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّهُ فِي رَبِيعٍ ، وَقُدُومُهُ فِي صَفَرٍ ، فَإِنْ كَانَ سَفَرُهُ إِلَى الْجِهَادِ ، فَلَعَرِيْمُهُ مَنَعُهُ إِلَّا بِضَمِيمٍ أَوْ رَهْنٍ ؛ لِأَنَّهُ سَفَرٌ يَتَعَرَّضُ فِيهِ لَذَهَابِ النَّفْسِ ، فَلَا يَأْمَنُ فَوَاتٌ [٩٩/٤] الْحَقِّ . وَإِنْ كَانَ لَغَيْرِ الْجِهَادِ ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا السَّفَرُ لَيْسَ بِأَمَارَةٍ عَلَى مَنَعِ الْحَقِّ فِي مَحَلِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ مَنَعُهُ مِنْهُ ، كَالسَّفَرِ الْقَصِيرِ ، وَكَالسَّغَى إِلَى الْجُمُعَةِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّ قُدُومَهُ عِنْدَ الْمَحِلِّ غَيْرُ

قوله : وَإِنْ كَانَ لَا يَحِلُّ قَبْلَهُ ، فَفِي مَنَعِهِ رِوَايَتَانِ . وَأُطْلَقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، و « خِصَالِ ابْنِ الْبَنَّا » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفَاتِي » ، و « الْحَاوِي » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ مَنَعُهُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَلَهُ مَنَعُهُ عَلَى الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْبُلْعَةِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . قَالَ فِي « الْمُنْهَبِ » : مُنِعَ فِي ظَاهِرِ

الإيضاح

مُتَيَقِّنٌ وَلَا ظَاهِرٍ ، فَمَلَكَ مَنَعَهُ مِنْهُ ، كَالأَوَّلِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ وَلَا الْمُطَالَبَةُ بِكَفِيلٍ ، إِذَا كَانَ الدِّينُ مُوَجَّلاً ، بِحَالٍ ، سِوَاءَ كَانَ الدِّينُ يَجُلُ قَبْلَ مَحَلِّ سَفَرِهِ أَوْ لَا ، إِلَى الْجِهَادِ أَوْ إِلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا

المذهب . وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَ « الْعُدَّة » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ الرَّوَّايَتَيْنِ فِي السَّفَرِ ، سِوَاءَ كَانَ مَخُوفًا أَوْ غَيْرَ مَخُوفٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَلَعَلَّهُ الصَّوَابُ . وَمَحَلُّهُمَا عِنْدَ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » ، إِذَا كَانَ السَّفَرُ مَخُوفًا ، كَالْجِهَادِ وَنَحْوِهِ . وَحَكَى فِي السَّفَرِ غَيْرَ الْمَخُوفِ وَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : فَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا مُدَّةً قَبْلَ أَجْلِ الدِّينِ ، جَازَ كَالْجِهَادِ . وَأَدْخَلَ صَاحِبُ « الْوَاضِحِ » فِي السَّفَرِ الْمَخُوفِ ، الْحَجَّ . وَمَحَلُّهُمَا عِنْدَ الْمُصَنِّفِ وَ « الْمُغْنَى » ، وَابْنُ الْبَيْتَا ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، فِي غَيْرِ الْجِهَادِ ، « فَأَمَّا فِي الْجِهَادِ » ، فَيُمنَعُ ، حَتَّى يُوثِّقَهُ بِرَهْنٍ أَوْ ضَمِينٍ ، عَلَى رِوَايَةٍ وَاحِدَةٍ . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، أَنَّ مَحَلَّ الْخِلَافِ فِي غَيْرِ الْجِهَادِ ، وَأَنَّ الْجِهَادَ لَا يُمنَعُ مِنْهُ ، قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، فَلَهُ السَّفَرُ دُونَ أَجَلِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُسَافِرُ غَيْرُ مُجَاهِدٍ ، حَتَّى يَأْتِيَ بِرَهْنٍ أَوْ ضَمِينٍ .

يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِالذِّينِ ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَهُ مِنَ السَّفَرِ وَلَا الْمُطَالَبَةَ بِكَفِيلٍ ، كَالسَّفَرِ الْآمِنِ الْقَصِيرِ . ولنا ، أَنَّهُ سَفَرٌ يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الذِّينِ فِي مَحَلِّهِ ، فَمَلِكْ مَنْعَهُ مِنْهُ إِذَا لم يُوثِّقْهُ بِرَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ ، كَالسَّفَرِ بَعْدَ حُلُولِ الْحَقِّ ، وَلَأنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَأْخِيرَ الذِّينِ عَنْ مَحَلِّهِ ، وَفِي السَّفَرِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ تَأْخِيرُهُ عَنْ مَحَلِّهِ ، فلم يَمْلِكْ ، كَجَحْدِهِ ^(١) .

وتقدّم كلامه في « الرّعاية الصُّغرى » ، و « الحاوى الصُّغرى » ، فإنّ ظاهره كذلك . فلعلّهما أرادا إِذَا تَعَيَّنَ عَلَيْهِ ، وَلَا فَبَعِيدٌ . وقد تقدّم في أوّل كتاب الجِهَادِ ، أَنَّهُ لَا يُجَاهِدُ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَا وَفَاءَ لَهُ ، إِلَّا بِإِذْنِ غَرِيْمِهِ . على الصَّحِيحِ . وذكرنا هناك الْخِلَافَ ، وَأَنَّ لَنَا قَوْلًا : لَا يَسْتَأْذِنُهُ فِي الْجِهَادِ إِذَا كَانَ الذِّينُ مُؤَجَّلًا . وقولًا : إِذَا كَانَ الْمَدْيُونُ جُنْدِيًّا مُوْتَوَقًّا بِهِ ، لَا يَسْتَأْذِنُهُ ، وَيَسْتَأْذِنُهُ غَيْرُهُ . وَمَحَلُّهُمَا عِنْدَ الْمُصَنِّفِ أَيْضًا ، وَالشَّارِحِ ، وَجَمَاعَةٍ ، إِذَا كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا ؛ لِأَنَّهُمْ عَلَّلُوا رَوَايَةَ عَدَمِ الْمَنْعِ ، فَقَالُوا : لِأَنَّ هَذَا السَّفَرَ لَيْسَ بِأَمَارَةٍ عَلَى مَنْعِ الْحَقِّ فِي مَحَلِّهِ ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَهُ مِنْهُ ، كَالسَّفَرِ الْقَصِيرِ . وَلَعَلَّهُ أَوَّلَى . فهذه سِتُّ طُرُقٍ فِي مَحَلِّ الْخِلَافِ .

فائدتان ؛ إحداهما ، اخْتَارَ الشَّيْخُ تَقَى الذِّينِ ، أَنَّهُ مَنْ أَرَادَ سَفَرًا ، وَهُوَ عَاجِزٌ عَنْ وَفَاءِ دَيْنِهِ ، أَنَّهُ لَغَرِيْمِهِ مَنْعَهُ حَتَّى يُقِيمَ كَفِيلًا بَدَلَهُ . قال في « الفروع » : وَهُوَ مُتَّجِهٌ . قلتُ : مِنْ قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ الْعَاجِزُ عَنْ وَفَاءِ دَيْنِهِ ، إِذَا كَانَ لَهُ جِرْفَةٌ ، يُلْزَمُ بِإِجَارِ نَفْسِهِ لِقَضَاءِ الذِّينِ . فلا يَبْعُدُ أَنْ يُمْنَعَ ؛ لِيَعْمَلَ . الثَّانِيَةُ ، لو طُلِبَ مِنْهُ دَيْنٌ حَالٌ يَقْدِرُ عَلَى وَفَائِهِ ، فَسَافَرَ قَبْلَ وَفَائِهِ ، لم يُجْزَ لَهُ أَنْ يَتَرَخَّصَ . على الصَّحِيحِ .

(١) في م : « كجحد » .

المفتع وَإِنْ كَانَ حَالًا ، وَلَهُ مَالٌ يَفِي بِهِ ، لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ ، وَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِوَفَائِهِ ، فَإِنْ أَبِي حَبَسَهُ .

الشرح الكبير

١٩٠٧ - مسألة : (وإن كان حالاً ، وله مالٌ يفي به ، لم يُحْجَرْ عليه) لعدم الحاجة إلى ذلك (ويأمره الحاكم بوفائه ، فإن أبي حبسه) لقول رسول الله ﷺ : « لِيَ الْوَاجِدِ ، يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ » . رواه الإمام أحمد في « المُسْنَدِ »^(١) فعُقُوبَتُهُ حَبْسُهُ ، وعِرْضُهُ أَنْ يُغْلَظَ لَهُ ، فيقول له : يا ظالم ، يا متعدي . ونحو ذلك .

الإنصاف

من المذهب . وقيل : يجوز . وإن لم يطلب منه الدين الحال ، أو يحل في سفره . قيل : له القصر والترخص ؛ لئلا يحبس قبل ظلمه ، كحبس الحاكم . وقيل : لا يجوز له ذلك إلا أن يوكل في قضائه ؛ لئلا يمنع به واجباً . ذكر هذين الوجهين ابن عقيل . وأطلقهما في « القاعدة الثالثة والخمسين » ، وأطلقهما ابن تيميم في باب قصر الصلاة ، وكذا ابن حمدان . وقيل : إن سافر وكيّل في القضاء ، لم يترخص . قلت : يَحْتَمِلُ أَنْ يَتَنَبَّأَ الْخِلَافُ هُنَا عَلَى الْخِلَافِ فِي وَجُوبِ الدَّفْعِ قَبْلَ الطَّلَبِ وَعَدَمِهِ ، على ما تقدّم في آخر باب القرض [١٣٤/٢ ط] . والمذهب ، لا يجب قبل الطلب ، فله القصر . وأطلقهن في « الفروع » .

قوله : وإن كان حالاً ، وله مالٌ يفي به ، لم يُحْجَرْ عَلَيْهِ ، ويأمره الحاكم بوفائه ،

(١ - ١) في م : أحمد .

والحديث في : المسند ٣٨٨/٤ ، ٣٨٩ . كما أخرجه البخاري ، في : باب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخاري ١٥٥/٣ . وأبو داود ، في : باب في الحبس بالدين وغيره ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢٨٢/٢ . والنسائي ، في : باب مطل الغني ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ . وابن ماجه ، في : باب الحبس في الدين والملازمة ، من كتاب الصلقات . سنن ابن ماجه ٨١١/٢ .

فَإِنْ أَصَرَّ ، بَاعَ مَالَهُ ، وَقَضَى دَيْنَهُ .

الشرح الكبير

١٩٠٨ - مسألة : (فَإِنْ أَصَرَّ بَاعَهُ الْحَاكِمُ وَقَضَى دَيْنَهُ) وَجُمِلَتْهُ ، أَنَّ الْغَرِيمَ إِذَا حُبِسَ فَصَبَرَ عَلَى الْحَبْسِ ، وَلَمْ يَقْضِ الدَّيْنَ ، قَضَى الْحَاكِمُ دَيْنَهُ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ احتَاجَ إِلَى بَيْعِ مَالِهِ فِي قَضَاءِ دَيْنِهِ ، بَاعَهُ وَقَضَى دَيْنَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ

فَإِنْ أَبَى ، حَبَسَهُ . الْقَوْلُ بِالْحَبْسِ ، اخْتَارَهُ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَلَا تَخْلُصُ الْحُقُوقُ فِي هَذِهِ الْأَزْمِنَةِ غَالِبًا إِلَّا بِهِ ، وَبِمَا هُوَ أَشَدُّ مِنْهُ . وَقَالَ ابْنُ هُبَيْرَةَ فِي « الْإِفْصَاحِ » : أَوَّلُ مَنْ حَبَسَ عَلَى الدَّيْنِ ، شَرِيعُ الْقَاضِي ، وَمَضَتْ السُّنَّةُ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَأَبُو بَكْرٍ ، وَعُمَرُ ، وَعُثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، أَنَّهُ لَا يُحْبَسُ عَلَى الدَّيُونِ ، لَكِنْ يَتَلَازَمُ^(١) الْخَضْمَانُ . وَأَمَّا الْحَبْسُ الْآنَ عَلَى الدَّيْنِ ، فَلَا أَعْلَمُ أَنَّهُ يَجُوزُ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . وَتَكَلَّمَ عَلَى ذَلِكَ وَأَطَالَ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الطَّبَقَاتِ » .

فائدة : إِذَا حُبِسَ ، فَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ إِخْرَاجُهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُ أَمْرُهُ ، أَوْ يُرِثَهُ غَرِيمُهُ ، أَوْ يَرْضَى بِإِخْرَاجِهِ . فَإِذَا تَبَيَّنَ أَمْرُهُ ، لَمْ يَسَعِ الْحَاكِمُ حَبْسَهُ ، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ غَرِيمُهُ ؛ لِأَنَّهُ ظَلَمَ مُحَضَّرًا .

قوله : فَإِنْ أَصَرَّ ، بَاعَ مَالَهُ ، وَقَضَى دَيْنَهُ . إِذَا أَصَرَّ عَلَى الْحَبْسِ ، فَقَالَ الْمُصَنِّفُ هُنَا : يَبِيعُ الْحَاكِمُ مَالَهُ ، وَيَقْضِي دَيْنَهُ ، مِنْ غَيْرِ ضَرْبٍ^(٢) . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » :

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « لَا يَتَلَازَمُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « ضَرَرٌ » .

لِلْحَاكِمِ يَبِيعُ مَالَهُ ، لَكِنَّهُ يُجْبِرُهُ عَلَى الْبَيْعِ إِذَا لَمْ يُمْكِنْ الْإِيفَاءُ بِدُونِهِ ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ لَمْ يَبِعْهُ الْحَاكِمُ ، وَإِنَّمَا يَحْبِسُهُ لِيَبِيعَ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ أَحَدُ النَّقْدَيْنِ ، وَمَالُهُ مِنَ النَّقْدِ الْآخَرِ ، فَيُدْفَعُ أَحَدُ النَّقْدَيْنِ عَنِ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ رَشِيدٌ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزِ يَبِيعْ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَالَّذِي لَا ذِينَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، (« مَارَوَى كَعْبُ بْنُ مَالِكٍ ») ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ ، وَبَاعَ مَالَهُ فِي دِينِهِ . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ (١) . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ خَطَبَ النَّاسَ ، وَقَالَ : أَلَا إِنَّ أُسَيْفَعَ جُهَيْنَةَ قَدْ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ

أَبَى الضَّرْبَ الْأَكْثَرُونَ . وَقَالَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ : إِذَا أَصَرَ عَلَى الْحَبْسِ ، وَصَبَرَ عَلَيْهِ ، ضَرَبَهُ الْحَاكِمُ . نَقَلَهُ حَنْبَلٌ . ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « الْمُتَخَبِّ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْفُصُولِ » وَغَيْرِهِ : يَحْبِسُهُ ، فَإِنْ أَبَى ، عَزَّرَهُ . قَالَ : وَيُكْرَهُ حَبْسُهُ وَتَعْزِيرُهُ حَتَّى يَقْضِيَهُ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : نَصَّ عَلَيْهِ الْأَثَمَةُ مِنْ أَصْحَابِ أَحْمَدَ وَغَيْرِهِمْ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ نِزَاعًا ، لَكِنْ لَا يُزَادُ فِي كُلِّ يَوْمٍ عَلَى أَكْثَرِ التَّعْزِيرِ ، إِنْ قِيلَ بِتَقْدِيرِهِ .

فَانْدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مَتَى بَاعَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : ذَكَرَ جَمَاعَةٌ أَنَّهُ يُحْبَسُ ، فَإِنْ لَمْ يَقْضِهِ ، بَاعَ الْحَاكِمُ وَقَضَاهُ . فظَاهِرُهُ ، يَجِبُ عَلَى الْحَاكِمِ يَبِيعُهُ . نَقَلَ حَنْبَلٌ ، إِذَا تَقَاعَدَ بِحُقُوقِ النَّاسِ ، يُبَاعُ عَلَيْهِ ، وَيُقْضَى . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَا يَلْزَمُهُ أَنْ يَبِيعَ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَيْضًا : مَنْ طُولَبَ بِأَدَاءِ حَقٍّ عَلَيْهِ ، فَطُلِبَ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) وأخرجه البيهقي ، في : باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى ٤٨/٦ .

. والدارقطني ، في : كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطني ٢٣١/٤ .

وأمانته بأن يُقال : سَبَقَ الحاج . فإِذَا نَ مُعْرِضًا ، فَأَصْبَحَ وَقَد رَيْنَ بِهِ ^(١) ،
فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ فَلْيَحْضُرْ غَدًا ، فَإِنَّا بَائِعُو مَالِهِ وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ ^(٢) .
وَلأنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، مُتَحَاجٌّ إِلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ ، فَجَازَ بَيْعُ مَالِهِ بِغَيْرِ رِضَاهُ ،
كَالصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ ، وَلأنَّهُ نَوْعُ مَالٍ ، فَجَازَ بَيْعُهُ فِي قَضَاءِ دَيْنِهِ ، كَالْأَثْمَانِ ،
[٩٩/٤ ظ] وَقِيَاسُهُمْ يَنْطَلُ بَيْعِ الدَّرَاهِمِ بِالْدَّنَانِيرِ .

إِنْمَهَالًا ، أُمْهِلَ بِقَدْرِ ذَلِكَ اتِّفَاقًا ، لَكِنْ إِذَا خَافَ غَرِيمُهُ مِنْهُ ، اخْتِطَأَ عَلَيْهِ بِمُلَازِمَةٍ ،
أَوْ كَفِيلٍ ، أَوْ تَرْسِيمٍ عَلَيْهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ مَطَّلَ غَرِيمُهُ حَتَّى أَحْوَجَهُ إِلَى الشُّكَايَةِ ،
فَمَا غَرِمَهُ بِسَبَبِ ذَلِكَ يَلْزَمُ ^(٣) الْمُطَاطِلَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ
الدِّينِ أَيْضًا . قُلْتُ : وَنَظِيرُ ذَلِكَ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالْأَصْحَابُ ، فِي بَابِ اسْتِيفَاءِ
الْقِصَاصِ ، فِي أَثْنَاءِ فَضْلِ ، وَلَا يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ إِلَّا بِحَضْرَةِ السُّلْطَانِ . ثُمَّ قَالَ :
(٤) « وَلَا أَمْرَهُ » بِالتَّوَكُّلِ ، وَإِنْ احتَاجَ إِلَى أَجْرَةٍ ، فَمِنْ مَالِ الْجَانِي . وَكَذَا أَجْرَةُ
الْقَطْعِ فِي السَّرِقَةِ عَلَى السَّارِقِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي بَابِ مِنْ
الدَّعَاوَى : وَإِنْ أَحْضَرَ الْمُدَّعَى بِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لِلْمُدَّعَى ، لَزِمَهُ مُؤَنَةُ إِحْضَارِهِ وَرَدُّهُ ،
وَالْأَلْزَمُ الْمُنْكَرَ . وَتَقَدَّمَ كَلَامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ فِي الضَّمَانِ ، إِذَا تَغَيَّبَ الْمَضْمُونُ
عَنْهُ حَتَّى غَرِمَ الضَّامِنُ شَيْئًا بِسَبَبِهِ ، أَوْ أَنْفَقَهُ فِي الْحَبْسِ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمَضْمُونِ
عَنْهُ . وَقَالَ أَيْضًا : لَوْ غَرِمَ بِسَبَبِ كَذِبٍ عَلَيْهِ عِنْدَ وَلِيِّ الْأَمْرِ ، رَجَعَ بِهِ عَلَى الْكَاذِبِ .
ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي أَوَائِلِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَصْبِ .

(١) رَيْنَ بِهِ : أَحَاطَ الدِّينَ بِمَالِهِ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ الْقَضَاءِ وَكَرَاهِيَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ . الْمَوْطَأُ ٢/ ٧٧٠ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « فَلَا يَلْزَمُ » . انْظُرْ : الْفُرُوعُ ٤/ ٢٩٢ . وَمَجْمُوعُ فَتَاوَى ابْنِ تَيْمِيَّةٍ ٣٠/ ٢٥ .

(٤) - (٤) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَالْأَمْرُ » .

المقنع وَإِنْ ادَّعَى الْإِعْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عَوْضٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، حُبِسَ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى نَفَادِ مَالِهِ وَإِعْسَارِهِ . وَهَلْ يَخْلِفُ مَعَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، حَلَفَ وَخَلَّى سَبِيلَهُ .

الشرح الكبير ١٩٠٩ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى الْإِعْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عَوْضٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، حُبِسَ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى نَفَادِ مَالِهِ وَإِعْسَارِهِ . وَهَلْ يَخْلِفُ مَعَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، حَلَفَ وَخَلَّى سَبِيلَهُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ دَيْنٌ حَالٌّ ، فَطُولِبَ بِهِ ، فَلَمْ يُوَدِّهِ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ظَاهِرٌ ، أَمَرَهُ الْحَاكِمُ بِالْقَضَاءِ . وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ ، فَادَّعَى الْإِعْسَارَ ، فَصَدَّقَهُ غَرِيمُهُ ، لَمْ

الإنصاف قوله : وَإِنْ ادَّعَى الْإِعْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عَوْضٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، حُبِسَ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى نَفَادِ مَالِهِ ، أَوْ إِعْسَارِهِ ، وَهَلْ يَخْلِفُ مَعَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . إِذَا ادَّعَى الْإِعْسَارَ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ دَيْنُهُ عَنْ عَوْضٍ ، أَوْ يُعْرَفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ دَيْنُهُ عَنْ عَوْضٍ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْقَرْضِ ، وَنَحْوِهِمَا ، وَالْغَالِبُ بَقَاؤُهُ ، أَوْ عَنْ غَيْرِ مَالٍ ، كَالضَّمَانِ ، وَنَحْوِهِ ، وَأَقَرُّ أَنَّهُ مَلِيٌّ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً . ثُمَّ إِنَّ الْبَيِّنَةَ لَا تَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ تَشْهَدَ بِنَفَادِ مَالِهِ ، أَوْ إِعْسَارِهِ . فَإِنْ شَهِدَتْ بِنَفَادِ مَالِهِ أَوْ تَلَفِهِ ، حَلَفَ مَعَهَا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَا مَالَ لَهُ فِي الْبَاطِنِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَيَخْلِفُ مَعَهَا عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْفَاتَّقِ » : حَلَفَ مَعَهَا فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « التَّلْخِصِ » ،

الشرح الكبير

يُحْبَسُ ، وَوَجِبَ إِنْظَارُهُ ، وَلَمْ يَجْزُ مُلَازِمَتُهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(١) . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِعُرْمَاءِ الَّذِي كَثُرَ دَيْنُهُ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » ^(٢) . وَلِأَنَّ الْحَبْسَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِإثباتِ عُسْرَتِهِ أَوْ لِقضاءِ دَيْنِهِ ، وَعُسْرَتُهُ ثَابِتَةٌ وَالْقَضَاءُ مُتَعَدِّرٌ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْحَبْسِ . فَإِنْ كَذَّبَهُ غَرِيمُهُ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عُرِفَ لَهُ مَالٌ أَوْ لَمْ يُعْرَفْ ، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ ؛ لَكَوْنِ الدَّيْنِ ثَبَتَ عَنْ مُعَاوَضَةٍ ، كَالْقَرْضِ وَالْبَيْعِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ أَضْلُ مَالٍ سِوَى هَذَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ غَرِيمِهِ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِذَا حَلَفَ أَنَّهُ ذُو مَالٍ ، حُبِسَ حَتَّى تَشْهَدَ الْبَيِّنَةُ بِإِعْسَارِهِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّبِ : أَكْثَرُ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ وَقُضَاتِهِمْ يَرَوْنَ الْحَبْسَ فِي الدَّيْنِ ؛ مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَالثَّعْمَانُ ، وَسَوَّارٌ ، وَعُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ الْحَسَنِ . وَرَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ . وَكَانَ

و « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي الْإِنْصَافِ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَخْلِفُ مَعَ بَيِّنَةٍ هُنَا . وَإِنْ شَهِدَتْ بِإِعْسَارِهِ ، فَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ الْبَيِّنَةُ مِمَّنْ يُخْبِرُ بِاطْنِ حَالِهِ ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ

(١) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب استحباب وضع الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩١/٣ . وأبو داود ، في : باب وضع الجائحة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٥/٣ . والنسائي ، في : باب وضع الجوائح ، وفي : باب الرجل يتناع البيع فيفلس ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ ، ٢٧٥ . وابن ماجه ، في : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٦/٣ .

عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ يَقُولُ : يُقَسَّمُ مَالُهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ ، وَلَا يُحْبَسُ . وَبِهِ قَالَ عبيدُ اللَّهِ ^(١) بْنُ أَبِي جَعْفَرٍ ، وَاللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ . وَلَنَا ، أَنَّ الظَّاهِرَ قَوْلُ الْعَرِيمِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَسَائِرِ الدَّعَاوَى . فَإِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِتَلَفِ مَالِهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ ، سَوَاءٌ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْخَبْرَةِ الْبَاطِنَةِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ يَطْلُعُ عَلَيْهِ أَهْلُ الْخَبْرَةِ وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ طَلَبَ الْعَرِيمُ إِخْلَافَهُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يُجِبْ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَكْذِيبٌ لِلْبَيِّنَةِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ مَعَ ذَلِكَ بِالْإِعْسَارِ ، اكْتَفَى بِشَهَادَتِهَا ^(٢) ، وَثَبَّتْ عُسْرَتَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ إِلَّا بِالتَّلَفِ ، وَطَلَبَ الْعَرِيمُ يَمِينَهُ عَلَى عُسْرَتِهِ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ آخَرُ ، اسْتَحْلَفَ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ . وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ بِالتَّلَفِ ، وَإِنَّمَا شَهِدَتْ بِالْإِعْسَارِ ، لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ إِلَّا مِنْ ذِي خَبْرَةٍ بَاطِنَةٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا فِي الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ ، لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ فِي الْعَالِبِ إِلَّا أَهْلُ الْخَبْرَةِ وَالْمُخَالَطَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ : لَا تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ عَلَى

عَلَى نَفْيٍ ، قُبِلَتْ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا خِلَفَ مَعَهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » : وَلَمْ يَخْلَفْ مَعَهَا ، عَلَى الْأَصَحِّ ؛ لِثَلَاثِ أَنْوَاعٍ : [١٣٥ / ٢] مُكْذِبًا لِلْبَيِّنَةِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَقَدَّمَهُ

(١) فِي م : « عَبْدُ اللَّهِ » .

وَهُوَ عبيدُ اللَّهِ بْنُ أَبِي جَعْفَرٍ يَسَارُ أَبُو بَكْرٍ ، الْمَصْرِيُّ الْفَقِيهَ ، مَوْلَى بَنِي كَثَانَةَ ، ثِقَةٌ عَالِمٌ عَابِدٌ ، وَلَدَ سَنَةَ سِتِينَ ، وَتَوَفَّى سَنَةَ سِتٍّ وَثَلَاثِينَ وَمِائَةً . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٥ / ٧ ، ٦ .

(٢) فِي م : « بِشَهَادَتِهَا » .

الإعسار ؛ لأنها شهادة على النفي ، فلم تُسمع ، كما لو شهدت على (١) أنه لا دين عليه . ولنا ، ما روى قبيصة بن [١٠٠/٤] المخارق ، أن النبي ﷺ قال : « يا قبيصة ، إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة ؛ رجل تحمل حمالة ، فحلّت له المسألة حتى يصيبها (٢) ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله ، فحلّت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى (٣) الحجا من قومه : لقد أصابت فلانا فاقة . فحلّت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداً من عيش . » رواه

في « التلخيص » ، و « الشرح » . والوجه الثاني ، يحلف معها . وذكر ابن أبي الإصناف موسى ، عن بعض الأصحاب ، أنه يحلف مع بيّته أنه مغير ؛ لأنها تشهد بالظاهر .

فوائد ؛ إحداهما ، يُكتفى في البيّنة أن تشهد بالتلف ، أو بالإعسار . على الصحيح من المذهب . قال الزركشي : هذا المحقق ؛ وفقاً للمجد وغيره . قلت : وجزم به المصنف ، وصاحب « الفروع » ، وجزم به في « التلخيص » ، أنه لا يُكتفى في الشهادة بالإعسار ، بل لابد من الشهادة بالتلف والإعسار معاً . وكذا قال في « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفائق » ، فإنهم قالوا : تشهد بذهايه وإعساره ، لا أنه لا يملك شيئاً . الثانية ، تُسمع بيّنة إعساره ونحوها قبل حبسه وبعده ، ولو بيوم . قاله الأصحاب . الثالثة ، إذا لم يكن لمُدعى الإعسار

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « يقضيها » .

(٣) في م : « أهل » .

مسلم ، وأبو داود^(١) . وقولهم : إِنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى النَّفْسِ لَا تُقْبَلُ . قلنا : لا تُرَدُّ مُطْلَقًا ، فَإِنَّهُ لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّ هَذَا وَارِثُ هَذَا الْمَيِّتِ ، لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ ، قُبِلَتْ ، وَلَأنَّ هَذِهِ وَإِنْ كَانَتْ تَتَضَمَّنُ النَّفْسَ ، فَهِيَ تُثَبِّتُ حَالَةَ تَظْهَرُ ، وَيُوقَفُ عَلَيْهَا بِالْمُشَاهَدَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَتْ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ ، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ^(٢) ، وَلَا يَشْهَدُ بِهِ حَالٌ يُتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى مَعْرِفَتِهِ بِهِ^(٣) ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَتُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ فِي الْحَالِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَسْمَعُ فِي الْحَالِ ، وَيُحْبَسُ شَهْرًا . وَقِيلَ : ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ . وَرَوَى أَرْبَعَةً ، حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّ الْحَاكِمِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَأَظْهَرَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ بَيِّنَةٍ جَازَ سَمَاعُهَا بَعْدَ مُدَّةٍ ، جَازَ سَمَاعُهَا فِي الْحَالِ ، كَسَائِرِ

بَيِّنَةٍ ، وَالْحَالَةُ مَا تَقَدَّمَ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ غَرِيْمِهِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ عُسْرَتَهُ بِدَيْنِهِ ، وَكَانَ لَهُ حَبْسُهُ ، وَمُلَازَمَتُهُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : إِنْ حَلَفَ أَنَّهُ قَادِرٌ ، حَبَسَهُ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُنْكَرُ عَلَيْهِمَا ، وَحُلِيَ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، يُحْبَسُ إِنْ عُلِمَ لَهُ مَا يَقْضِي . وَفِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، إِنْ عُرِفَ بِمَالٍ ، أَوْ أَقْرَأَ^(٤) مَلِيءٌ بِهِ ، وَحَلَفَ غَرِيْمُهُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ عُسْرَتَهُ ، حُبِسَ . وَفِي « الرُّعَايَةِ » : يَخْلِفُ أَنَّهُ مُوسِرٌ بِدَيْنِهِ ، وَلَا يَعْلَمُ إِعْسَارَهُ بِهِ . وَفِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، إِذَا حَلَفَ أَنَّهُ ذُو مَالٍ ، حُبِسَ . وَقَالَ فِي

(١) تقدم تخريجه في ٢١٩/٧ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل ، ط : « به » .

الشرح الكبير

البَيِّنَاتِ ، وما ذَكَرُوهُ لو كان صَحِيحًا لَأَغْنَى عن البَيِّنَةِ . فَإِنْ قالَ الْغَرِيمُ :
أَحْلِفُوهُ لى مع بَيِّنَتِهِ أَنَّهُ لا مالَ له . لم يُسْتَحْلَفْ ، فى ظاهِرِ كَلامِ أَحْمَدَ ؛
لأنَّهُ قالَ ، فى رِوَايَةِ ابنِ^(١) إِبْرَاهِيمَ ، فى رَجُلٍ جاءَ بِشُهُودٍ على حَقٍّ ،
فقالَ الْغَرِيمُ : اسْتَحْلِفُوهُ . لا يُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّ ظاهِرَ الْحَدِيثِ : « البَيِّنَةُ
عَلَى الْمُدْعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »^(٢) . قالَ القاضى : سِوَاءَ شَهِدَتْ
البَيِّنَةُ بِتَلَفِ المَالِ أو بِالإِعْسارِ . وهذا أَحَدُ قَوْلَيِ الشافعى ؛ لأنها بَيِّنَةٌ
مَقْبُولَةٌ ، فلم يُسْتَحْلَفْ معها ، كما لو شَهِدَتْ بأنَّ هذا عَبْدُهُ . وفيه وَجْهٌ
آخَرُ ، أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ . وهو الْقَوْلُ الثانى للشافعى ؛ لأنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ

« الْفُرُوعِ » : وظاهِرُ كَلامِ جِماعَةٍ ، أَنَّهُ لا يَحْلِفُ إِلَّا أَنْ يَدْعَى الْمَدْيُونُ تَلَفًا أو
إِعْسارًا ، أو يَسْأَلَ سِوَالَهُ ، فَتَكُونُ دَعْوَى مُسْتَقْلَلَةً . فَإِنْ كانَ له بَيِّقَاءُ مالِهِ أو قُدْرَتُهُ
بَيِّنَةٌ^(٣) ، فلا كَلامَ ، وإِلَّا فَيَمِينُ صَاحِبِ الْحَقِّ بِحَسَبِ جِوابِ الْمَدْيُونِ كَسائِرِ
الدَّعَاوى . قالَ فى « الْفُرُوعِ » : وهذا أَظْهَرُ ، وهو مُرَادُهُمْ ؛ لأنَّهُ ادَّعى الإِعْسارَ ،
وَأَنَّهُ يَعلَمُ ذلكَ ، وَأَنْكَرَهُ . انتهى . وحيثُ قُلْنَا : يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ . وأبى ،
حَلَفَ الآخَرُ ، وَخُلِيَ سَبِيلُهُ . الرَّابِعَةُ ، يُكْتَفَى فى البَيِّنَةِ هِنا بِاثْنَيْنِ . على الصَّحِيحِ

(١) سقط من : ر ، م .

وهو إسحاق بن إبراهيم بن غلدة التميمي ، تقدم التعريف به فى ٥٥/١ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣ / ١٨٧ .
ومسلم ، فى : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذى ، فى :
باب ما جاء فى أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٨٧ ، ٨٨ .
وابن ماجه ، فى : باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ .

(٣) فى الأصل ، ط : « عليه » . وانظر الفروع ٤ / ٢٩٣ .

له مالٌ خَفِيَ عن البَيِّنَةِ . قال شيخُنا^(١) : وَيَصِحُّ عِنْدِي إلْزَامُهُ الِیَمِینَ عَلَى الإِعْسَارِ إِذَا شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بِتَلْفِ الْمَالِ ، وَسُقُوطُهَا عَنْهُ فِيمَا إِذَا شَهِدَتْ بِالِإِعْسَارِ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا شَهِدَتْ بِالتَّلْفِ ، صَارَ كَمَنْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ أَصْلُ مَالٍ ، أَوْ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ غَرِيمُهُ بِتَلْفِ ذَلِكَ الْمَالِ ، وَادَّعَى أَنَّ^(٢) لَهُ مَالًا سِوَاهُ أَوْ أَنَّهُ اسْتَحْدَثَ مَالًا بَعْدَ تَلْفِهِ ، وَلَوْ لَمْ تَقُمْ البَيِّنَةُ ، وَأَقَرَّ لَهُ غَرِيمُهُ بِتَلْفِ مَالِهِ ، وَادَّعَى أَنَّ لَهُ مَالًا سِوَاهُ ، لَزِمَتْهُ الِیَمِینُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَامَتْ بِهِ البَيِّنَةُ ، فَإِنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَى الإِقْرَارِ . فَإِنْ كَانَ الْحَقُّ ثَبَّتَ عَلَيْهِ فِي غَيْرِ مُقَابَلَةِ مَالٍ أَخَذَهُ ، كَأَرْشِ جَنَایَةٍ ، وَقِیمَةِ مُتْلَفٍ ، وَمَهْرٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ كِفَالَةٍ ، أَوْ عِوَضٍ خُلِعَ إِنْ كَانَتْ امْرَأَةً ،^(٣) وَلَمْ^(٤) يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ ، حَلَفَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ ، [١٠٠ / ٤] وَخُلِيَ سَبِيلُهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَإِنَّمَا اكْتَفَيْنَا بِيَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْمَالِ ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ

مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، لَا يَكْفِي أَقْلٌ مِنْ ثَلَاثَةِ ، كَمَنْ يُرِيدُ أَخَذَ الزَّكَاةَ ، وَكَانَ مَعْرُوفًا بِغَنَى ، وَادَّعَى الْفَقْرَ . عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي أَوَاخِرِ بَابِ ذِكْرِ أَهْلِ الزَّكَاةِ .

قوله : وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، حَلَفَ وَخُلِيَ سَبِيلُهُ . أَيْ ، وَإِنْ ادَّعَى الإِعْسَارَ ، وَلَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، وَدَيْنُهُ عَنْ غَيْرِ عِوَضٍ ، وَلَمْ يُقَرَّ بِالْمَلَأَةِ بِهِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ وَالْغَالِبُ ذَهَابُهُ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ

(١) في : المغنى ٥٨٧/٦ .

(٢) سقط من : ر ، ق ، م .

(٣ - ٣) في م : « فَإِنْ لَمْ » .

الشرح الكبير

لِحَبَّةٍ وَسَوَاءِ ابْنِي خَالِدٍ بِنِ سَوَاءٍ : « لَا تَيَأْسَا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَزَّتْ رُءُوسُكُمْ ، فَإِنَّ ابْنَ آدَمَ يُخْلَقُ ^(١) وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا قِشْرَتَاهُ » ، ثُمَّ يَرْزُقُهُ اللَّهُ تَعَالَى ^(٢) . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : ^(٣) « الْحَبْسُ عَقُوبَةٌ » ، وَلَا نَعْلَمُ لَهُ ذَنْبًا يُعَاقَبُ بِهِ . وَالْأَصْلُ عَدَمُ مَالِهِ ، بِخِلَافِ مَنْ عُلِمَ لَهُ مَالٌ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مَالِهِ ، فَيُحْبَسُ حَتَّى يُعْلَمَ ذَهَابُهُ . وَمُطْلَقُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُحْبَسُ فِي الْحَالَتَيْنِ ، لَكِنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُهُ عَلَى هَذَا ؛ لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى الْفَرْقِ .

الإنصاف

الأصحاب . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَعْرُوفُ فِي الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : يُحْبَسُ إِلَى ظُهُورِ إِعْسَارِهِ . وَقَالَ فِي « الْبُلْغَةِ » : إِلَى أَنْ يَثْبُتَ إِعْسَارُهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ مَنْ عُرِفَ بِمَالٍ ، أَوْ كَانَ دَيْنُهُ عَنْ عَوْضٍ . عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فَاتِدَّتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ لِلْمُفْلِسِ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ ، فَأَنْكَرَ ، وَلَمْ يُقَرِّ بِهِ لِأَحَدٍ ، وَقَالَ : هُوَ لَزِيدٌ فَكَذَّبَهُ زَيْدٌ ، قُضِيَ دَيْنُ الْمُفْلِسِ مِنْهُ . وَإِنْ صَدَّقَهُ زَيْدٌ ، فَهَلْ يُقْضَى دَيْنُ الْمُفْلِسِ مِنْهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْضَى مِنْهُ ، وَيَكُونُ لَزِيدٌ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِاحْتِمَالِ التَّوَاتُؤِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « النَّظْمِ » . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » :

(١) فِي سَنَنِ ابْنِ مَاجَه : « وَلَيْسَ عَلَيْهِ قِشْر » . وَفِي الْمُسْنَدِ : « وَلَيْسَ عَلَيْهِ قِشْرَةٌ » .
(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ التَّوَكُّلِ وَالْيَقِينِ ، مِنْ كِتَابِ الزُّهْدِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ١٣٩٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَد ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٦٩/٣ .
(٣) (٣ - ٣) الْأَصْلُ ، ر ، ق : « الْعَقُوبَةُ حَبْسٌ » .

فصل : ومتى ثَبِتَ إغسارُهُ عندَ الحَاكِمِ ، لم يَجُزْ مُطَالَبَتُهُ ولا مُلَازِمَتُهُ .
 وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : لِعُرْمَاتِهِ مُلَازِمَتُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَمْنَعُوهُ
 مِنَ الْكَسْبِ ، فَإِذَا رَجَعَ إِلَى بَيْتِهِ فَأَذِنَ لَهُمْ فِي الدُّخُولِ مَعَهُ ، وَإِلَّا مَنَعُوهُ
 مِنَ الدُّخُولِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ » ^(١) .
 وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ لَيْسَ لَصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَتُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُلَازِمَتُهُ ، كصَاحِبِ
 الدِّينِ الْمُوَجَّلِ ، وَقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَظَرُّوا إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ . وَمَنْ وَجَبَ
 إِنْظَارُهُ حُرْمَتُ مُلَازِمَتِهِ ، كَمَنْ دَيْنُهُ مُوَجَّلٌ ، وَالْحَدِيثُ فِيهِ مَقَالٌ . قَالَ
 ابْنُ الْمُنْذِرِ . ثُمَّ نَحْمِلُهُ عَلَى الْمُوسِرِ ؛ بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا . وَقَدْ ثَبِتَ أَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ قَالَ لِعُرْمَاءِ الذِّى أُصِيبَ فِي ثَمَارِ ابْتِاعِهَا ، فَكَثُرَ دَيْنُهُ : « خُذُوا مَا
 وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٢) .

فَإِنْ أَقْرَأَهُ لَزِيدٌ مُضَارَبَةً ، قَبْلَ قَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ ، إِنْ صَدَّقَهُ زَيْدٌ ، أَوْ كَانَ غَائِبًا . وَالثَّانِي ،
 يُقْضَى مِنْهُ دَيْنُهُ . وَعَلَى الْوَجْهَيْنِ ، لَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِلْمَدِينِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْعِيهِ . قَالَ
 فِي « الْفُرُوعِ » : فَظَاهِرُ هَذَا ، أَنَّ الْبَيِّنَةَ هُنَا لَا يُعْتَبَرُ لَهَا تَقَدُّمُ دَعْوَى ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُقَرَّرِ
 لَهُ الْمُصَدَّقُ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَتْ ؛ لِإِقْرَارِ رَبِّ الْيَدِ . وَفِي « الْمُتَخَبِّ » ، بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى ؛
 لِأَنَّهَا خَارِجَةٌ . الثَّانِيَةُ ، يَحْرُمُ عَلَى الْمُفْلِسِ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ لَاحِقٌ عَلَيْهِ ، وَيَتَأَوَّلَ .
 جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قُلْتُ : لَوْ قِيلَ بِجَوَازِهِ - إِذَا تَحَقَّقَ ظُلْمُ رَبِّ الْحَقِّ
 لَهُ ، وَحَبْسُهُ ، وَمَنْعُهُ مِنَ الْقِيَامِ عَلَى عِيَالِهِ - لَكَانَ لَهُ وَجْهٌ .

(١) أخرجه الدارقطني في : كتاب الأفضية . سنن الدارقطني ٢٣٢/٤ . وانظر : نصب الراية ١٦٦/٤ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٧ .

وَأِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَا يَفِي بِدَيْنِهِ ، فَسَأَلَ غُرْمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، ^{المقنع} لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُمْ .

١٩١٠ - مسألة : (وإن كان) حالاً و (له مالٌ لا يفي بدينه) ، فسأل غُرْمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُمْ (إذا اتَّفَقَ الْغُرْمَاءُ عَلَى طَلَبِ الْحَجَرِ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، لَزِمَ الْحَاكِمُ إِجَابَتَهُمْ . وَلَا يَجُوزُ الْحَجَرُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ سُؤَالِ غُرْمَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ فِي ذَلِكَ ، إِنَّمَا يَفْعَلُهُ لِحَقِّ الْغُرْمَاءِ ، فَاعْتَبِرَ رِضَاهُمْ . وَكَذَلِكَ إِنْ سَأَلَهُ بَعْضُهُمْ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لِلْحَاكِمِ الْحَجَرُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا أَدَّى اجْتِهَادُهُ إِلَى الْحَجَرِ عَلَيْهِ ثَبَتَ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ ^(١) مُجْتَهِدٌ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ ، وَبَاعَ مَالَهُ فِي دَيْنِهِ . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ^(٢) .

قوله : (وإن كان له مالٌ لا يفي بدينه) ، وسأل غُرْمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، ^{الإنصاف} لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُمْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، إِنْ ضَاقَ مَالُهُ عَنْ دُيُونِهِ ، صَارَ مَخْجُورًا عَلَيْهِ بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . وَيَأْتِي مَعْنَى ذَلِكَ قَرِيبًا .

تَنْبِيهَاتٌ ؛ أَحَدُهَا ، قَوْلُهُ : (وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَا يَفِي بِدَيْنِهِ . هَكَذَا عِبَارَةٌ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَمَنْ لَهُ دُونَ مَا عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ حَالٌ ، أَوْ قَدْرُهُ ، وَلَا كَسْبَ لَهُ ، وَلَا مَا يُتَّفَقُ مِنْهُ غَيْرُهُ ، أَوْ خِيفَ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . الثَّانِي ، ظَاهِرُ قَوْلِهِ : فَسَأَلَ غُرْمَاؤُهُ الْحَجَرَ . أَنَّهُ لَوْ سَأَلَهُ الْبَعْضُ الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ، م : « فَصَلَ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٣٤ .

وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُهُ وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهِ . المقنع

الشرح الكبير

فصل : وَتَصَرُّفُهُ قَبْلَ حَجْرِ الْحَاكِمِ فِي مَالِهِ نَافِذٌ ؛ مِنْ الْبَيْعِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْإِقْرَارِ ، وَقَضَاءِ بَعْضِ الْغُرْمَاءِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ رَشِيدٌ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ ، فَتَفْذَتَصَرُّفُهُ ، كَغَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ سَبَبَ الْمَنْعِ الْحَجْرُ ، فَلَا يَتَقَدَّمُ سَبَبُهُ ، وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ وَلَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ الْمَلِيَّ . وَإِنْ أَكْرَى جَمَلًا بَعَيْنَهُ ، أَوْ دَارًا [١٠١/٤] لَمْ تَنْفَسِخْ إِجَارَتُهُ بِالْفَلَسِ ، وَكَانَ الْمُكْتَرَى أَحَقُّ بِهِ حَتَّى تَنْقُضِيَ مُدَّتُهُ .

١٩١١ - مسألة : (وَيُسْتَحَبُّ) إِظْهَارُ الْحَجْرِ عَلَيْهِ (وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهِ) لَتُجْتَنَّبَ مُعَامَلَتُهُ ؛ لِئَلَّا يَسْتَضِرَّ النَّاسُ بِضْيَاعِ أَمْوَالِهِمْ . وَيُشْهَدُ عَلَيْهِ ؛ لِيَنْتَشِرَ ذَلِكَ ، وَرُبَّمَا غُرِلَ الْحَاكِمُ أَوْ مَاتَ ، فَيُثَبِّتَ الْحَجْرُ عِنْدَ الْآخِرِ ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ابْتِدَاءِ حَجْرٍ ثَانٍ .

الإيناف

إِجَابَتُهُمْ . وَهُوَ ظَاهِرٌ « الْمَغْنَى » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي » ، وَجَمَاعَةٍ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . [١٣٥/٢] وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الزَّرَكَشِيِّ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزَمُهُ إِجَابَتُهُمْ أَيْضًا . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَزِمَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ بِطَلَبِ غُرْمَائِهِ . وَالْأَصَحُّ ، أَوْ بَعْضُهُمْ . قَالَ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : هَذَا الْأَظْهَرُ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » . وَهُوَ الصَّوَابُ . الثَّلَاثُ ، ظَاهِرُ كَلَامِهِ أَيْضًا ، أَنَّ الْمُعْسِرَ لَوْ طَلَبَ الْحَجْرَ عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الْحَاكِمِ ، لَا يَلْزَمُهُ إِجَابَتُهُ إِلَى ذَلِكَ . وَهُوَ

فَصْلٌ : وَيَتَعَلَّقُ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعَلُّقُ ^{المقنع} حَقِّ الْغُرْمَاءِ بِمَالِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ [١١٦ ط] ، إِلَّا الْعِتْقُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَيَتَعَلَّقُ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرْمَاءِ بِمَالِهِ ، فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، وَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا الْعِتْقُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ) متى حَجَرَ عَلَى الْمُفْلِسِ ، لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُ فِي شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ بَيْعًا ، أَوْ هِبَةً ، أَوْ وَقْفًا ، أَوْ أَصْدَقَ امْرَأَةً مَالًا لَهُ ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ ، وَقَالَ فِي آخَرَ : يَقِفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ وَفَاءُ الْغُرْمَاءِ نَقْدًا ^(١) ، وَإِلَّا بَطُلَ . وَلَنَا ، أَنَّ حُقُوقَ الْغُرْمَاءِ تَعَلَّقَتْ بِأَعْيَانِ مَالِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهَا ، كَالْعَيْنِ الْمَرْهُونَةِ ، وَلِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَأُشْبِهَ السَّفِيهَ . فَإِنْ أَقْرَبَ بَدْنَيْنِ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْحَالِ ، وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فِكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ

ظَاهِرُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : إِنْ زَادَ دَيْنُهُ عَلَى الْمَالِ ، وَقِيلَ : أَوْ طَلَبَ الْمُفْلِسُ الْحَجَرَ مِنَ الْحَاكِمِ . لَزِمَهُ . وَقَالَ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَإِنْ طَلَبَهُ الْمُفْلِسُ وَخَذَهُ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : وَبُسُوَالِهِ فِي وَجْهِ .

قوله : وَيَتَعَلَّقُ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرْمَاءِ بِمَالِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، إِلَّا بِالْعِتْقِ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . اعْلَمْ

(١) سقط من : م .

الحَسَن ، والثَّوْرِي ، والشافعيُّ في قولٍ ، وقال في الآخر : يُشارِكُهُمْ .
اختاره ابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَابِتٌ مُضَافٌ إِلَى مَا قَبْلَ الْحَجَرِ ، فَشَارَكَ
صَاحِبُهُ الْغُرَمَاءَ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ
إِقْرَارُهُ فِيمَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِيهِ ، كَالسَّفِيهِ ، وَلَأنَّه إِقْرَارٌ يُبْطِلُ ثُبُوتَهُ ^(١) حَقٌّ غَيْرُ
الْمُقَرَّرِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، أَوْ إِقْرَارٌ عَلَى الْغُرَمَاءِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كإِقْرَارِ الرَّاهِنِ ،
وَلأنَّه مُتَّهَمٌ فِي إِقْرَارِهِ ، وَفَارَقَ الْبَيِّنَةَ ، فَإِنَّهُ لَا تَهْمَةَ فِي حَقِّهَا . فَإِنْ كَانَ

أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَكْثَرُ مِنْ مَالِهِ ، وَتَصَرَّفَ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ تَصَرُّفُهُ
قَبْلَ الْحَجَرِ عَلَيْهِ ، أَوْ بَعْدَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْحَجَرِ عَلَيْهِ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ ، عَلَى الصَّحِيحِ
مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ ، وَلَوْ
اسْتَعْرِقَ جَمِيعَ مَالِهِ ، حَتَّى قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » وَغَيْرِهِ : لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ فِي
ذَلِكَ . وَقِيلَ : لَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَحَكَاهُ رِوَايَةً ،
وَاخْتَارَهُ . وَسَأَلَهُ جَعْفَرٌ : مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ ؟ قَالَ : الشَّيْءُ الْيَسِيرُ ،
وَقَضَاءُ دَيْنِهِ أَوْجِبُ عَلَيْهِ . قُلْتُ : وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ الصَّوَابُ ، خُصُوصًا وَقَدْ كَثُرَتْ
حِيلُ النَّاسِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْخَمْسِينَ » ، وَقَالَ : الْمُفْلِسُ إِذَا طَلَبَ
الْبَائِعُ مِنْهُ سِلْعَتَهُ الَّتِي يَرْجِعُ بِهَا قَبْلَ الْحَجَرِ ، لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَذَكَرَ
فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةَ نُصُوصٍ ، لَكِنَّ ذَلِكَ مَخْصُوصٌ بِمُطَالَبَةِ الْبَائِعِ . وَعَنْهُ ، لَهُ مَنْعُ ابْنِهِ
مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ بِمَا يَضُرُّهُ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ فِي مَنْ تَصَدَّقَ وَأَبَوَاهُ فَقِيرَانِ ، رُدُّهُمَا ،
لَا لِمَنْ دُونَهُمَا . وَنَصٌّ فِي رِوَايَةٍ ، عَلَى أَنَّ مَنْ أَوْصَى لِأَجَانِبٍ ، وَلَهُ أَقَارِبُ
مُحْتَاجُونَ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ تُرَدُّ عَلَيْهِمْ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْحَادِيَةِ عَشَرَ » : فَيُخَرَّجُ مِنْ

(١) بَعْدَهُ فِي م : « فِي غَيْرِ » .

المُفْلِسُ صَانِعًا ، كَالْقَصَارِ^(١) ، وَالْحَائِلِ ، فِي يَدِهِ مَتَاعٌ ، فَأَقَرَّ بِهِ لِأَرْبَابِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ ، وَالْقَوْلُ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَتُبَاغُ الْعَيْنِ الَّتِي فِي يَدِهِ ، وَتُقَسَّمُ بَيْنَ الْغَرَمَاءِ ، وَتَكُونُ قِيمَتُهَا وَاجِبَةً عَلَى الْمُفْلِسِ إِذَا قَدَّرَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا انْصَرَفَتْ فِي وَفَاءِ ذَيْنِهِ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَكَانَتْ قِيمَتُهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ تَوَجَّهَتْ عَلَى الْمُفْلِسِ يَمِينٌ ، فَتَكَلَّ عَنْهَا ، فَقُضِيَ عَلَيْهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ ، يُلْزَمُ فِي حَقِّهِ دُونَ الْغَرَمَاءِ . فَإِنْ أَعْتَقَ بَعْضَ

ذلك ، أَنْ مَنْ تَبَرَّعَ عَلَيْهِ نَفَقَةً وَاجِبَةً لَوَارِثٍ ، أَوْ ذَيْنٍ ، وَلَيْسَ لَهُ وَفَاءٌ ، أَنَّهُ يُرَدُّ . وَلِهَذَا يُبَاغُ الْمُدْبِرُ فِي الذَّيْنِ خَاصَّةً ، عَلَى رِوَايَةٍ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، فِي مَنْ تَصَدَّقَ عِنْدَ مَوْتِهِ بِمَالِهِ كُلِّهِ ، قَالَ : هَذَا مَرْدُودٌ ، وَلَوْ كَانَ فِي حَيَاتِهِ ، لَمْ أُجُوزْ إِذَا كَانَ لَهُ وَلَدٌ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّصَرُّفُ إِنْ أَضَرَّ بِغَرِيمِهِ . ذَكَرَهُ الْآدَمِيُّ الْبُعْدَادِيُّ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَهُوَ حَسْبُنْ . وَإِنْ تَصَرَّفَ بَعْدَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَتَصَرَّفَ بِالْعِتْقِ أَوْ بغيرِهِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ بِالْعِتْقِ ، فَأُطْلِقَ الْمُصْنَفُ فِي صِحَّةِ عِتْقِهِ رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ إِخْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمُصْنَفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالزَّرْكَشِيُّ ، فِي كِتَابِ الْعِتْقِ : هَذَا أَصَحُّ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُعُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُنْتَخَبِ الْأَرْجِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ »

(١) القصار : من يدين الثياب ويبيئها .

رَقِيقَه ، صَحَّ ، فِي إِحْدَى الرَّوَاتَيْنِ ، وَنَفَذَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مِنْ مَالِكٍ رَشِيدًا ، فَنَفَذَ ، كَمَا قَبْلَ الْحَجَرِ . وَفَارَقَ سَائِرَ التَّصَرُّفَاتِ ؛ لِأَنَّ لِلْعَتَقِ تَغْلِييًا وَسِرَايَةً ، وَلِهَذَا يَسْرِي إِلَى مِلْكِ الْغَيْرِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ . وَالْأُخْرَى ، [١٠١/٤] لَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّبَرُّعِ لِحَقِّ الْغُرَمَاءِ ، فَلَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ ، كَالْمَرِيضِ الَّذِي يَسْتَعْرِقُ ذَنْتَهُ مَالَهُ . وَأَمَّا سِرَايَتُهُ إِلَى مِلْكِ الْغَيْرِ ، فَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا ، يُؤْخِذُ مِنْهُ قِيَمَةً نَصِيبَ شَرِيكِهِ ، وَلَا يَتَصَرَّرُ ، وَلَوْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ ؛ صِيَانَةً لِحَقِّ الْغَيْرِ وَحِفْظًا لَهُ عَنِ الصِّيَاعِ . كَذَا هُنَا . وَهَذَا أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الصُّغْرَى ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَصِحُّ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : يَصِحُّ عِتْقُهُ عَلَى الْأَقْسِ . وَإِنْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ الْعَتَقِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِتَدْيِيرِ رَقِيقِهِ أَوْ غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ بِالتَّدْيِيرِ ، صَحَّ ، بِلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِهِ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، أَوْ غَيْرِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ بِالصَّدَقَةِ فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ . زَادَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، بِشَرْطِ أَنْ لَا يَضُرَّ . قُلْتُ : إِذَا كَانَتْ الْعَادَةُ مِمَّا جَرَتْ بِهِ ، وَسَامَحَ بِمِثْلِهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ بِخِلَافٍ . وَفِي « الرَّعَايَةِ » وَغَيْرِهَا : تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ ، بِشَرْطِ أَنْ لَا يَضُرَّ بِمَالِهِ . انْتَهَى . وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفُهُ بِغَيْرِ الْيَسِيرِ ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصٌّ

وَأِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، صَحَّ . وَيُتَّبَعُ الْمَنْعُ بِهِ بَعْدَ فَلَكَ الْحَجَرِ عَنْهُ .

١٩١٢ - مسألة : (وَأِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، صَحَّ . وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فَلَكَ الْحَجَرِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ ، وَإِنَّمَا وَجِدَ فِي حَقِّهِ الْحَجَرُ ، وَالْحَجَرُ مُتَعَلِّقٌ بِمَالِهِ لَا بِذِمَّتِهِ ، وَلَكِنْ لَا يُشَارِكُ أَصْحَابُ هَذِهِ الدُّيُونِ الْغُرَمَاءَ ؛ لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِذَلِكَ إِذَا عَلِمُوا بِفَلْسِهِ

عليه . وَنَقَلَ مُوسَى بْنُ سَعِيدٍ ، أَنَّ تَصَرُّفَ قَبْلَ طَلَبِ رَبِّ الْعَيْنِ لَهَا ، جَازٌ ، لَا بَعْدَهُ . الْإِنْصَافُ فَائِدَتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، لَوْ بَاعَ مَالَهُ لِعَرِيمٍ بِكُلِّ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِ ، فَفِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ لِرِضَاهُمَا بِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِاحْتِمَالِ ظُهُورِ غَرِيمٍ آخَرَ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . الثَّانِيَةُ ، يَمْلِكُ رَدَّ مَعْيِبٍ اشْتَرَاهُ قَبْلَ الْحَجَرِ ، وَيَمْلِكُ الرَّدَّ بِخِيَارٍ ، غَيْرِ مُتَقَيِّدٍ بِالْأَحْظَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَلَا يَتَقَيَّدُ بِالْأَحْظَ عَلَى الْأَظْهَرِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : هَذَا أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ . [١٣٦ / ٢] وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ؛ فَإِنَّهُمَا قَالَا : وَلَوْ رَدُّ مَا اشْتَرَاهُ قَبْلَ الْحَجَرِ بَعْيِبٍ أَوْ خِيَارٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ الْمَشْهُورُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، فِي الثَّانِيَةِ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ فِيهِ حَظٌّ نَفَذَ تَصَرُّفُهُ ، وَإِلَّا فَلَا . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَهُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ .

قوله : وَأِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، صَحَّ ، وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ فَلَكَ الْحَجَرِ عَنْهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . فَلَا يُشَارِكُونَ مَنْ كَانَ دَيْنُهُ

المقنع وَإِنْ جَنَى ، شَارَكَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الْغُرْمَاءَ ، وَإِنْ جَنَى عَبْدُهُ ، قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِثَمَنِهِ .

الشرح الكبير وعاملوه ، وَمَنْ لَا يَعْلَمُ فَقَدْ فَرَّطَ فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنَّ هَذَا فِي مَظَنَّةِ الشُّهْرَةِ . فعلى هذا ، يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ . وفي إقراره بخلاف ، ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا . فَأَمَّا إِنْ ثَبَتَ عَلَيْهِ حَقٌّ بَيِّنَةٌ ، شَارَكَ صَاحِبَهُ الْغُرْمَاءَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَهِدَتْ بِهِ قَبْلَ الْحَجْرِ .

١٩١٣ - مسألة : (وَإِنْ جَنَى ، شَارَكَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الْغُرْمَاءَ ، وَإِنْ جَنَى عَبْدُهُ ، قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِثَمَنِهِ) إِذَا جَنَى الْمُفْلِسُ بَعْدَ الْحَجْرِ جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، شَارَكَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الْغُرْمَاءَ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ثَبَتَ

الإِنصاف قَبْلَ الْحَجْرِ . وفي « الْمُبْهَجِ » ، فِي جَاهِلٍ بِهِ وَجْهَانِ . وعنه ، يَصِحُّ إِقْرَارُهُ إِنْ أَضَافَهُ إِلَى مَا قَبْلَ الْحَجْرِ ، أَوْ أَدَّاهُ عَامِلٌ قَبْلَ قِرَاضِهِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال فِي « الرَّعَايَةِ » : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشَارِكَهُمْ مَنْ أَقْرَّ لَهُ بِدَيْنٍ لَزِمَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ . وقال أَيْضًا : وَإِنْ أَقْرَّ بِمَالٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ عَيْنٍ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . وتَقَدَّمَ نَقْلُ مُوسَى بْنِ سَعِيدٍ . وتَقَدَّمَ فِي بَابِ الضَّمَانِ ، أَنَّ صَاحِبَ « التَّبَصُّرَةِ » حَكَى رِوَايَةً بَعْدَ صِحَّةِ ضَمَانِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا عَدَمُ صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ فِي ذِمَّتِهِ . انتهى .

تنبيه : ظاهرُ كلامِهِ ، أَنَّ مَنْ عَامَلَهُ بَعْدَ الْحَجْرِ ، لَا يَرْجِعُ بَعَيْنِ مَالِهِ . وهو أَحَدُ الْوُجُوهِ ، وهو ظاهرُ كلامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . وقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وقيل : يَرْجِعُ أَيْضًا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » . وقيل : يَرْجِعُ مَعَ جَهْلِهِ الْحَجَرَ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ . وهو حَسَنٌ . وهذا الْأَخْيَرُ الْمَذْهَبُ . وقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ .

فصل : الثاني ، أن من وجد عنده عينا باعها إياه ، فهو أحق المقنع

الشرح الكبير
بغير اختياره . ولو كانت الجناية موجبة للقصاص ، فعفا صاحبها عنها إلى مال ، أو صالحه المفلس على مال ، شارك الغرماء ؛ لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه ، فأشبه ما أوجب المال . فإن قيل : ألا قدمتم حقه على الغرماء ، كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا : لأن الحق في العبد الجاني تعلق بعينه ، فقدم لذلك ، وحق هذا تعلق بالذمة ، كغيره من الديون ، فاستويا . فإن جنى عبده ، قدم المجنى عليه بتمنه ؛ لأن الحق تعلق بالعين ، فقدم على من تعلق حقه بالذمة ، كما يقدم حق المرتهن بتمن الرهن على الغرماء ، ولأن حق المجنى عليه يقدم على حق المرتهن ، فأولى أن يقدم على حق الغرماء .

فصل : قال ، رحمه الله : (الثاني ، أن من وجد عنده عينا باعها إياه ،

الإنصاف
قوله : الثاني ، أن من وجد عنده عينا باعها إياه ، فهو أحق بها ، بشرط أن يكون المفلس حيا ، ولم يتقدم من ثمنها شيئا ، والسلعة بحالها ، لم يتلف بعضها ، ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها ، كنسج الغزل ، وخبز الدقيق ، ولم يتعلق بها حق ؛ من شفعة ، أو جناية ، أو رهن ، ونحوه ، ولم تزيد زيادة متصلة ، كالسمن ، وتعلم صنعة . ذكر المصنف ، لاختصاص رب العين بالمباعة الموجودة بعد الحجر في المحجور عليه شروطا ؛ منها ، أن يكون المفلس حيا . فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء مطلقا . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . وجزم به في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وقيل : ذلك إذا مات قبل الحجر .

بِهَا ، بِشَرَطٍ أَنْ يَكُونَ الْمُفْلِسُ حَيًّا ، وَلَمْ يَنْقُذْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ،
وَالسَّلْعَةُ بِحَالِهَا لَمْ يَتْلَفْ بَعْضُهَا ، وَلَمْ تَتَغَيَّرْ صِفَتُهَا بِمَا يُزِيلُ
اسْمَهَا ، كَنَسَجِ الْعَزْلِ وَخَبْرِ الدَّقِيقِ .

فهو أحقُّ بها ، بِشَرَطٍ أَنْ يَكُونَ الْمُفْلِسُ حَيًّا ، ولم يَنْقُذْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ،
وَالسَّلْعَةُ بِحَالِهَا لم يَتْلَفْ بَعْضُهَا ، ولم تَتَغَيَّرْ صِفَتُهَا بِمَا يُزِيلُ اسْمَهَا ، كَنَسَجِ
الْعَزْلِ ، وَخَبْرِ الدَّقِيقِ (« وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ») ، أَنَّ الْمُفْلِسَ إِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ ،
فَوَجَدَ بَعْضُ غَرْمَائِهِ سِلْعَتَهُ الَّتِي بَاعَهُ إِيَّاهَا بَعِينَهَا ، فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ وَالرُّجُوعُ
فِي عَيْنِ مَالِهِ بِالشُّرُوطِ الَّتِي نَذَرُهَا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَأَبِي
هُرَيْرَةَ . وَبِهِ قَالَ [١٠٢/٤] عُرْوَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَلَّ الْحَسَنُ ،
وَالنَّخَعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ كَانَ

تبيينه : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ رَبَّ الْعَيْنِ لو ماتَ ، كَانَ لَوَرَثَتِهِ أَخْذُ
السَّلْعَةِ ، كما لو كَانَ صَاحِبُهَا حَيًّا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ، مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْحَاوِيَيْنِ » . قَالَ
الزُّرْكَشِيُّ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّيْخَيْنِ ؛ الْمُصَنِّفِ وَالْمَجْدِ ؛ لَعَدَمِ اسْتِثْنَائِهِمْ
ذَلِكَ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَلَرَبُّهُ دُونَ وَرَثَتِهِ ، عَلَى
الْأَصَحِّ ، أَخْذَهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
وَ « الزُّرْكَشِيِّ » . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : مِنَ الشُّرُوطِ ، أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ حَيًّا ؛
إِذَا رَجُوعَ لِلْوَرَثَةِ ؛ لِلْحَدِيثِ . وَحَكَى أَبُو الْحَسَنِ الْآمِدِيُّ رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُمْ

الشرح الكبير

له حَقُّ الإِمْسَاكِ لِقَبْضِ الثَّمَنِ ، فَلَمَّا سَلَّمَهُ ، أَسْقَطَ (أَحَقَّهُ مِنْ^(١) الإِمْسَاكِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي ذَلِكَ بِالْإِفْلَاسِ ، كَالْمُرْتَهِنِ إِذَا سَلَّمَ الرَّهْنَ إِلَى الرَّاهِنِ . وَلَأنَّه سَاوَى الْغُرْمَاءِ فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ ، فَيَسَاوِيهِمْ فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، كَسَائِرِهِمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بَعَيْنَهُ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . قَالَ أَحْمَدُ : لَوْ أَنَّ حَاكِمًا حَكَمَ أَنَّهُ أُسْوَةُ الْغُرْمَاءِ ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى رَجُلٍ يَرَى الْعَمَلَ بِالْحَدِيثِ ، جَازَ لَهُ نَقْضُ حُكْمِهِ . وَلَأنَّ هَذَا الْعَقْدَ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ بِالْإِقَالَةِ ، فَجَازَ فِيهِ الْفَسْخُ لَتَعَذُّرِ الْغَرَضِ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ إِذَا تَعَذَّرَ . وَلَأنَّه لَوْ شَرَطَ فِي الْبَيْعِ رَهْنًا ، فَعَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِهِ ، اسْتَحَقَّ الْفَسْخَ ، وَهُوَ وَثِيقَةٌ بِالْثَّمَنِ ، فَالْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ بِنَفْسِهِ أَوْلَى . وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ

يَرْجِعُونَ . انْتَهَى . وَمِنْهَا ، أَنْ لَا يَكُونَ نَقْدٌ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَإِنْ كَانَ نَقْدٌ مِنْهُ شَيْئًا ، كَانَ أُسْوَةُ الْغُرْمَاءِ ، لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَمِنْهَا ، أَنْ تَكُونَ السَّلْعَةُ بِحَالِهَا ، لَمْ يَتَلَفْ بَعْضُهَا ، وَكَذَا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ بَعْضِهَا بَيْعًا أَوْ هِبَةً أَوْ وَقْفًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، إِنْ

(١ - ١) فِي م : « حَقٌّ » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا وَجَدَ مَالَهُ عِنْدَ مَفْلَسٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْاسْتِقْرَاضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥٥/٣ ، ١٥٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ أَدْرَكَ مَا بَاعَهُ عِنْدَ الْمُشْتَرَى وَقَدْ أَفْلَسَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٩٣/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَفْلِسُ فَيَجِدُ الرَّجُلَ مَتَاعَهُ بَعَيْنَهُ عِنْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٧/٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بَعَيْنَهُ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٩٠/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِفْلَاسِ الْغَرِيمِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُوطَأُ ٦٧٨/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ٣٤٧/٢ .

الرَّهْنُ ، فَإِنْ إِمْسَاكَ الرَّهْنِ إِمْسَاكٌ مُجَرَّدٌ عَلَى سَبِيلِ الْوَيْقَةِ ، وليس بَدَلٍ ، وَالثَّمَنُ هَهُنَا بَدَلٌ عَنِ الْعَيْنِ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ ، رَجَعَ إِلَى الْمُبَدَّلِ . وَقَوْلُهُمْ : تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الاسْتِحْقَاقِ . قُلْنَا : لَكِنْ اخْتَلَفُوا فِي الشَّرْطِ ، فَإِنَّ بَقَاءَ الْعَيْنِ شَرْطٌ لِمَلِكِ الْفَسْخِ ، وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِي حَقِّ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ دُونَ مَنْ لَمْ يَجِدْهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ فِي السَّلْعَةِ ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَرْجَعْ وَكَانَ أَسْوَأَ الْغَرَمَاءِ ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ السَّلْعَةُ مُسَاوِيَةً لَتَمَنِهَا ، أَوْ أَقْلًا أَوْ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ الْإِعْسَارَ سَبَبٌ يَثْبُتُ جَوَازَ الْفَسْخِ ، فَلَا يُوجِبُهُ ، كَالْعَيْبِ وَالْخِيَارِ . وَلَا يَفْتَقِرُ الْفَسْخُ^(١) إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فَسَخٌ ثَبَتَ بِالنَّصِّ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ ، كَفَسْخِ النِّكَاحِ لِعِتْقِ الْأَمَةِ .

الشرح الكبير

كَانَ عَيْنًا وَاحِدَةً . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنَيْنِ ؛ كَعَبْدَيْنِ ، أَوْ ثَوْبَيْنِ وَنَحْوَهُمَا ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ نَقَصَ وَنَحْوَهُ ، رَجَعَ فِي الْعَيْنِ الْأُخْرَى . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » . وَ « مُتَتَخَبِ الْأَدْمِيِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَعَنهُ ، لَهُ أَسْوَأُ الْغَرَمَاءِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَجَمَاعَةٍ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِيحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَقَالَ : وَلَعَلَّ مَبْنَاهُمَا أَنَّ الْعَقْدَ ، هَلْ يَتَعَدَّدُ بَتَعَدُّدِ الْمَبِيعِ . أَمْ لَا ؟ وَحُكْمُ انْتِقَالِ الْبَعْضِ بَيْنَهُ وَنَحْوِهِ ، حُكْمُ التَّلَفِ . انْتَهَى . قُلْتُ : تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ ، بَعْدَ قَوْلِهِ : إِذَا جَمَعَ

الإنصاف

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخي ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، أنه على التراخي ؛ لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض ، فكان على التراخي ، كالرجوع في الهبة . والثاني ، هو^(١) على الفور ؛ لأن جواز تأخيرهِ يُفْضِي إلى الضرر بالغرماء ، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم ، فأشبه خيار الأخذ بالشفعة . وهذان الوجهان مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالغيب . ونصر القاضي الوجه الثاني . ولأصحاب الشافعي الوجهان .

فصل : فإن بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليركها ، لم يلزمه قبوله . نص عليه أحمد . وبه قال الشافعي . وقال مالك : ليس له الرجوع ؛ ^(٢) (لأن الرجوع^١) [١٠٢/٤ ط] وإنما جاز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن ، فإذا بذل له بكماله ، لم يكن له الرجوع ، كما لو زال العيب من المعيب . ولنا ، الخبر الذي روينا ، ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه ، فلم يجبر صاحب الحق على قبضه ، كما لو أعرس الزوج بالنفقة ، فبذلها غيره ، أو أعرس المكاتب ، فبذل غيره ما عليه لسيده ، وبهذا ينتقض ما ذكره . وسواء بذلوه من أموالهم ، أو خصوه بثمنه من مال المفلس ، وفي هذا القسم ضرر آخر ؛ لأنه لا يأمَن أن يظهر له غريم لم يحضر ، فيرجع عليه . وإن دفعوا إلى المفلس الثمن ، فبذله للبائع ، لم يكن له

بين كتابة وبيع . أن الصفة تعدد بتعدد المبيع . على الصحيح . الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، فزَالَ مِلْكُ الْفَسْخِ ، كَمَا لَوْ
أَسْقَطَ سَائِرُ الْغُرَمَاءِ حُقُوقَهُمْ عَنْهُ فَمَلَكَ أَدَاءُ الثَّمَنِ . وَلَوْ أَسْقَطَ الْغُرَمَاءُ
حَقَّهُمْ ^(١) عَنْهُ فَتَمَكَّنَ مِنَ الْأَدَاءِ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ مَالًا فَأَمَكَّنَهُ الْأَدَاءُ مِنْهُ ، أَوْ
غَلَتْ أَعْيَانُ مَالِهِ فَصَارَتْ قِيمَتُهَا وَافِيَةً بِحُقُوقِ الْغُرَمَاءِ ، بَحِثْ يُمَكِّنُهُ أَدَاءُ
الثَّمَنِ كُلَّهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الْفَسْخُ ؛ لِزَوَالِ سَبَبِهِ ، وَلِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ الْوُصُولُ إِلَى
ثَمَنِ سِلْعَتِهِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُفْلَسْ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى الْمُفْلِسُ مِنْ إِنْسَانٍ سِلْعَةً بَعْدَ الْحَجْرِ فِي ذِمَّتِهِ ،
وَتَعَدَّرَ الْاسْتِيفَاءَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ ، سَوَاءً عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ
الْمُطَالَبَةَ بِثَمَنِهَا ، فَلَا يَسْتَحِقُّ الْفَسْخَ ؛ لِتَعَدُّرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ ثَمْنُهَا مُوَجَّلاً ،
وَلِأَنَّ الْعَالِمَ بِالْفَلَسِ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ بِخَرَابِ الذِّمَّةِ ، أَشْبَهَ مَنْ اشْتَرَى
مَعْيِيًا يَعْلَمُ عَيْبَهُ . وَقِيلَ ^(٢) : لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَيْهِ
وَقْتَ الْفَسْخِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ مِنَ الْفَسْخِ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ امْرَأَةٌ فَقِيرًا
مُعْسِرًا بِنَفَقَتِهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، إِنْ كَانَ عَالِمًا بِفَلْسِهِ ، فَلَا فَسْخَ لَهُ ،
وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَلَهُ الْفَسْخُ ، كَمَا اشْتَرَى الْمَعْيِبَ . وَيُفَارِقُ الْمُعْسِرَ بِالنَّفَقَةِ ؛
لِكَوْنِ النَّفَقَةِ يَتَجَدَّدُ وَجُوبُهَا كُلَّ يَوْمٍ ، فَالرِّضَا بِالْمُعْسِرِ بِهَا رِضًا بِعَيْبٍ
مَا لَمْ يَجِبْ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَإِنَّمَا يُشْبِهُ هَذَا إِذَا تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا
بِالصَّدَاقِ ، وَسَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَيْهِ ثُمَّ أَرَادَتْ الْفَسْخَ .

(١) فِي م : « حَقُّوهُمْ » .

(٢) فِي م : « فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ » .

الشرح الكبير

فصل : ومن^(١) استأجر أرضاً للزرع ، فأفلس قبل مضي شيء من المدة ، فللموَجِر فسخُ الإجارة ؛ لأنه وجد عين ماله . وإن كان بعد انقضاء المدة ، فهو غريم بالأجر . وإن كان بعد مضي بعضها ، لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه ، فإن المدة ههنا كالمبيع ، ومضي بعضها كتلف بعضه ، لكن يُعتبر مضي مدة لمثلها أجر ؛ لأنه لا يمكن التحرُّز عن مضي جزء منها بحال . وقال القاضي

قنيه : من صور تلف البعض ، إذا استأجر أرضاً للزرع ، فأفلس بعد مضي مدة لمثلها^(٢) أجره ، تنزيلاً للمدة منزلة المبيع ، ومضي بعضها بمنزلة تلف بعضها . وهذا المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم . وقال القاضي ، وصاحب « التلخيص » : له الرجوع .^(٣) وهل يلزمه ببقية^(٤) زرع المفلس ؟ فيه وجهان ، وأطلقهما الزركشي بأجرة المثل . ثم هل يضرب^(٤) له مع الغرماء ، اختاره القاضي ، أو يُقدَّم بها عليهم ؟ [١٣٦ / ٢ ط] قاله في « التلخيص » .

فوائد ؛ إحداهما ، لو وطئ البكر ، امتنع الرجوع . على الصحيح من المذهب . اختاره أبو بكر ، وغيره . وجزم به في « التلخيص » ، و « المستوعب » ، وغيرهما . وقدمه في « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » . وقيل :

(١) في م : « إن » .

(٢) بياض في الأصل ، ط .

(٣ - ٣) في الأصل ، ط : « ويلزمه ببقية » .

(٤) في الأصل : « يصرف » .

في مَوْضِعٍ آخَرَ : مَنْ اكْتَرَى أَرْضًا فزَرَعَهَا ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَفَسَخَ صَاحِبُ
الأَرْضِ ، فعليه تَبْقِيَةُ زَرْعِ الْمُفْلِسِ إِلَى حِينِ الْحَصَادِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ ؛ لِأَنَّ
الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَإِذَا فُسِّخَ الْعَقْدُ ، فَسَخَهُ فِيمَا مَلَكَ عَلَيْهِ بِالْعَقْدِ ،
وَقَدْ تَعَذَّرَ رَدُّهَا عَلَيْهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ [١٠٣/٤] عَوَضُهَا ، كَمَا لَوْ فُسِّخَ الْبَيْعُ
بَعْدَ تَلَفِ الْمِيعَةِ ، فَلَهُ قِيمَتُهُ ، وَيَضْرِبُ بِذَلِكَ مَعَ الْغُرَمَاءِ ، كَذَا هُنَا ،
وَيَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِأَجْرِ الْمِثْلِ دُونَ الْمُسَمَّى . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .
وَهَذَا لَا يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُنَا ، وَلَا يَشْهَدُ لِصِحَّتِهِ الْخَبَرُ ، وَلَا يَصِحُّ فِي النَّظَرِ .
أَمَّا الْخَبَرُ ، فَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا قَالَ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ
قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(١) . وَهَذَا مَا أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ ، وَلَا هُوَ أَحَقُّ
بِهِ بِالْإِجْمَاعِ ، فَإِنَّهُمْ وَاثِقُوا عَلَى وَجوبِ تَبْقِيَتِهَا وَعَدَمِ الرَّجُوعِ فِي
عَيْنِهَا ، وَلِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » . أَيْ عَلَى وَجْهِ يُمْكِنُهُ
أَخْذُهُ وَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِعَيْنِهِ ، وَلَيْسَ هَذَا كَذَلِكَ . وَأَمَّا النَّظَرُ ، فَإِنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا
كَانَ أَحَقَّ بِعَيْنِ مَالِهِ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِالْعَيْنِ ، وَإِمْكَانِ رَدِّ مَالِهِ إِلَيْهِ بِعَيْنِهِ ،

لَا يَمْتَنِعُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » . وَكَذَا الْحُكْمُ إِذَا جُرِحَ
الْعَبْدُ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَا يَرْجِعُ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، يَرْجِعُ . فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا
أُرْشَ لَهُ ؛ كَالْحَاصِلِ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ فِعْلِ بَهِيمَةٍ ، أَوْ جِنَايَةِ الْمُفْلِسِ ، أَوْ
عَبْدِهِ ، أَوْ جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَا أُرْشَ لَهُ مَعَ الرَّجُوعِ . وَإِنْ كَانَ الْجِرَاحُ
مُوجِبًا لِلْأُرْشِ ، كَجِنَايَةِ الْأَجْنَبِيِّ ، فَلِلْبَائِعِ إِذَا رَجَعَ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِحِصَّةِ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٥ .

فَيَرَجُحُ^(١) عَلَى مَنْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، وَهَذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِالْعَيْنِ ، وَلَا أَمَكَّنَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، وَإِنَّمَا صَارَ فَائِدَةُ الرُّجُوعِ الضَّرْبَ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْمُسَمَّى ، وَلَيْسَ هَذَا هُوَ الْمُقْتَضَى فِي مَحَلِّ النَّصِّ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ ، فَإِثْبَاتُ الْحُكْمِ بِهِ تَحَكُّمٌ بِغَيْرِ دَلِيلٍ . وَلَوْ أَكْثَرَى مَنْ يَحْمِلُ لَهُ مَتَاعًا إِلَى بَلَدٍ ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُكْتَرَى قَبْلَ حَمْلِ شَيْءٍ ، فَلِلْمُكْرَى^(٢) الْفَسْخُ . وَإِنْ حَمَلَ الْبَعْضُ ، أَوْ بَعْضَ الْمَسَافَةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ . وَقِيَاسُ قَوْلِ الْقَاضِي ، لَهُ ذَلِكَ . وَإِذَا فَسَخَ ، سَقَطَ عَنْهُ حَمْلُ مَا بَقِيَ ، وَضُرِبَ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِقِسْطِ مَا حَمَلَ مِنَ الْأَجْرِ الْمُسَمَّى . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الْقَاضِي ، يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ فِي الْجَمِيعِ ، وَيَضْرِبُ بِقِسْطِ مَا حَمَلَ مِنَ أَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَوْلِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي حَكَيْنَا قَوْلَهُ فِيهَا .

مَا نَقَصَ مِنَ الثَّمَنِ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، لَوْ وَطِئَ الثَّيِّبُ ، كَانَ لَهُ الرُّجُوعُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَلَهُ الرُّجُوعُ فِي الْأَصْحَ ، إِذَا لَمْ تَحْمِلْ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . الثَّانِيَةُ ، لَا يَمْتَنِعُ الْأَخْذُ تَزْوِيجَ الْأَمَةِ ، فَإِذَا أَخَذَهَا الْبَائِعُ ، بَطَلَ النِّكَاحُ فِي الْأَقْيَسِ . قَالَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قُلْتُ : الصَّوَابُ عَدَمُ الْبُطْلَانِ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ خَرَجَتْ

(١) فِي م : (فِرْجَع) .

(٢) فِي م : (فَلِلْمُكْرَى) .

فصل : فإن أقرض رجلاً مالا ، ثم أفلس المقترض ، وعين المال قائمة ، فله الرجوع فيها ؛ لقوله عليه السلام : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . ولأنه غريم وجد عين ماله ، فكان له أخذها ؛ كالبائع . فإن أصدق امرأة عينا ، ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يُسقط صداقها ، أو طلقها قبل الدخول بها ، فاستحق الرجوع في نصفه ، وقد أفلست وجد عين ماله ، فهو أحق بها ؛ لما ذكرنا .

الشرح الكبير

السَّلْعَةُ عن مِلْكِهِ قَبْلَ الْحَجْرِ ، وَرَجَعَتْ بَعْدَ الْحَجْرِ ، فَقِيلَ : لَهُ الرُّجُوعُ . قَالَ النَّاطِمُ : عَادَ الرُّجُوعُ عَلَى الْقَوِيِّ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : هُوَ كَعَوْدِ الْمَوْهُوبِ إِلَى الْإِبْنِ بَعْدَ زَوَالِهِ ؛ هَلْ لِلأَبِ الرُّجُوعُ ، أَمْ لَا ؟ قُلْتُ : الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ . عَلَى مَا يَأْتِي . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينَ فِي « شَرْحِهِ » . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ مُطْلَقًا . وَقِيلَ : إِنْ عَادَتْ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ؛ كَبَيْعٍ ، وَهَبَةٍ ، وَإِزْثٍ ، وَوَصِيَّةٍ ، لَمْ يَرْجِعْ . وَإِنْ عَادَتْ إِلَيْهِ بِفَسْخٍ ؛ كَالْإِقَالَةِ ، وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَالْخِيَارِ ، وَنَحْوِهِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ . وَيَأْتِي فِي الْهَبَةِ نَظِيرُ ذَلِكَ فِي رُجُوعِ الأَبِ إِذَا رَجَعَ إِلَى الْإِبْنِ بَعْدَ وَفَاتِهِ ، وَالصَّحِيحُ مِنْ ذَلِكَ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ، وَأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَاتِي » . وَحَيْثُ قُلْنَا : لَهُ الرُّجُوعُ . لَوْ اشْتَرَاهَا ، ثُمَّ بَاعَهَا ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا ، فَقِيلَ : يَخْتَصُّ بِهَا الْبَائِعُ الْأَوَّلُ ؛ لَسَبْقِهِ . وَقِيلَ : يُفْرَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَائِعِ الثَّانِي . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَمِنْهَا ، بَقَاءُ صِفَةِ السَّلْعَةِ . فَلَوْ تَغَيَّرَتْ بِمَا يُرِيدُ اسْمَهَا ؛ كَنَسَجِ الْغَزْلِ ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَطَحْنِ الْحِنْطَةِ ، وَعَمَلِ الزَّيْتِ صَابُونًا ، أَوْ قَطْعِ

الإنصاف

فصل : وإنما يستحق الرجوع في السلعة بشروط خمسة ؛ أحدها ، أن يكون المفلس حياً ، فإن مات فالبائع أسوة الغرماء ، سواء علم بفلسه قبل الموت ، فحجر عليه ثم مات ، أو مات فتبين فلسه . وبهذا قال مالك ، وإسحاق . وقال الشافعي : له الفسخ واسترجاع العين ؛ لما روى ابن خلد الزرقى ، قاضي المدينة ، قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا [١٠٣/٤] قد أفلس ، فقال أبو هريرة : هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ : « أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجدته بعينه » . رواه أبو داود ، وابن ماجه^(١) . ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة ، فجاز فسخه لتعذر العوض ، كما لو تعذر المسلم فيه ، ولأن الفلاس سبب لاستحقاق الفسخ ، فجاز الفسخ به بعد الموت ، كالغيب . ولنا ، ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ ، في حديث المفلس : « فإن مات ، فصاحب المتاع أسوة

الثوب قميصاً ، أو نجر الخشب أبواباً ، أو عمل الشريط إبراً ، أو نحو ذلك ، امتنع الرجوع . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « المغني » ، و « الكافي » ، و « الشرح » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاويين » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » ، و « الرعاية الكبرى » . وقال في « الموجز » : إن أحدث صنعة ؛ كنسج غزل ، وعمل

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢ .

الغرماء» . رواه أبو داود^(١) . ورَوَى أَبُو الْيَمَانِ ، عَنْ الزَّيْدِيِّ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيُّمَا امْرِئٍ مَاتَ وَعِنْدَهُ مَالٌ امْرِئٍ بَعِيْنِهِ ، اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَقْتَضِ ، فَهُوَ أُسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ »^(٢) . رواه ابنُ ماجه^(٣) . وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ غَيْرِ الْمُفْلِسِ وَالْغُرَمَاءِ ، وَهُمْ الْوَرَثَةُ ، فَأُشْبِهَ الْمُؤْهُوبَ . وَحَدِيثُهُمْ مَجْهُولُ الْإِسْنَادِ ، قَالَه ابْنُ الْمُثَنِّرِ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : يَرْوِيهِ أَبُو الْمُعْتَمِرِ ، عَنْ الزُّرْقِيِّ ، وَأَبُو الْمُعْتَمِرِ غَيْرُ مَعْرُوفٍ بِحَمْلِ الْعِلْمِ . ثُمَّ هُوَ غَيْرُ مَعْمُولٍ بِهِ إِجْمَاعًا ، فَإِنَّهُ جَعَلَ الْمَتَاعَ لِصَاحِبِهِ بِمَجَرَّدِ مَوْتِ الْمُشْتَرِي مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ فَلَسِهِ

الدُّهْنِ صَابُونًا ، فِرَوَاتَانِ . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : لَا يَأْخُذْهُ . وَعَنْهُ ، بَلَى ، وَيُشَارِكُهُ الْمُفْلِسُ فِي الزِّيَادَةِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، مِنْ عِنْدِهِ : إِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَةَ الْحَبِّ بَطْخِيهِ ، وَالدَّقِيقِ بَخْبِيزِهِ ، وَالْعَزَلِ بَنَسِجِهِ ، رَجَعَ ، وَإِلَّا فَلَا .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو كان حبًّا ، فصار زرعًا ، أو بالعكس ، أو نوى ، فنبت شجرة ، أو يئضًا ، فصار فرخًا ، سقط الرجوع . على الصحيح من المذهب . وقال القاضي : لا يمنع ذلك الرجوع . واختاره في « التلخيص » ، وردّه في « المغني » ، و « الشرح » . الثانية ، لو خلط المبيع أو بعضه بما لا يتميّز منه ، فقال المصنّف ، والشارح ، وغيرهما : سقط حقه من الرجوع ؛ لأنّه لم يجد عين^(٤) ماله . وقال الزركشي : وقد يقال : ينبنى على الوجهين في أن الخلط ، هل

(١) في الباب السابق والموضع السابق .

(٢) في سنن ابن ماجه : « للغرماء » .

(٣) في الباب السابق . سنن ابن ماجه ٧٩١/٢ .

(٤) في ط : « غير » .

ولا تَعْدُرْ وَفَائِهِ وَلَا عَدَمَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، وَالْأَمْرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ عِنْدَ جَمِيعِ الْعُلَمَاءِ ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنِ الْإِصْطَخَرِيِّ^(١) مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ قَالَ : لِصَاحِبِ السُّلْعَةِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ خَلَفَ وَفَاءً . وَهَذَا شُدُوزٌ عَنْ أَقْوَالِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَخِلَافٌ لِلْسُّنَّةِ لَا يُعْرَجُ عَلَى مِثْلِهِ . وَتُفَارِقُ حَالَةَ الْحَيَاةِ حَالَةَ الْمَوْتِ ؛ لِأَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْمِلْكَ فِي الْحَيَاةِ لِلْمُفْلِسِ ، وَهَهُنَا لغيرِهِ . الثَّانِي ، أَنَّ ذِمَّةَ الْمُفْلِسِ خَرِبَتْ هَهُنَا خَرَابًا لَا يَعُودُ ، فَاخْتِصَاصُ هَذَا بِالْعَيْنِ يَضُرُّ بِالْغُرَمَاءِ كَثِيرًا ، بِخِلَافِ حَالَةِ الْحَيَاةِ . الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ الْبَائِعُ قَبْضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ قَبْضَ بَعْضَ ثَمَنِهَا ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وَبِهَذَا قَالَ إِسْحَاقُ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ . وَقَالَ فِي الْجَدِيدِ : لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي قَدَرِ مَا بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ تَرْجِعُ بِهِ الْعَيْنُ كُلُّهَا إِلَى الْعَاقِدِ ، فَجَازَ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ^(٢) بَعْضُهَا ، كَالْفُرْقَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي النِّكَاحِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ رَدُّ

هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْإِتْلَافِ أَمْ لَا ؟ وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ ، بَلْ وَجَدَهُ حُكْمًا . انْتَهَى . الْإِنْصَافُ . قُلْتُ : الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْخَلْطَ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ اشْتِرَاكٌ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الْعَصَبِ ، فِي قَوْلِهِ : وَإِنْ خَلَطَ الْمَغْضُوبُ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ . وَمِنْهَا ، أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ شُفْعَةٍ . فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ شُفْعَةٍ ، امْتَنَعَ الرُّجُوعُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ،

(١) الْحَسَنُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَزِيدَ الْإِصْطَخَرِيُّ الشَّافِعِيُّ أَبُو سَعِيدٍ ، قَاضِي قُفٍّ ، أَحَدُ الرِّفَاعَةِ مِنْ أَصْحَابِ الْوُجُوهِ فِي مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، تَوَفَّى بِبَغْدَادَ سَنَةَ ثَمَانٍ وَعَشْرِينَ وَثَلَاثَمِائَةَ . طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَةِ الْكُبْرَى ٣/ ٢٣٠ - ٢٥٣ .

(٢) فِي م : « فِي » .

ما قبضه ورجع في جميع العين ، وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع .
ولنا ، ما روى أبو هريرة ، عن النبي ﷺ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ ، فَوَجَدَ
رَجُلٌ عِنْدَهُ مَالَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ اقْتَضَى مِنْ مَالِهِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ » . رواه الإمام
أحمد^(١) . وروى^(٢) أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة ، أن النبي
ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَدْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا عِنْدَ
رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ
كَانَ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » . رواه أبو داود ، وابن
ماجه^(٣) . ولأن في^(٤) الرجوع في قسط ما بقي تبعضًا للصفقة على
المشتري وإضرارًا به ، وليس ذلك للبائع . فإن قيل : لا ضرر عليه في
ذلك ؛ لأن ماله يباع ولا يبقى له ، فيزول عنه الضرر . قلنا : لا يندفع
الضرر بالبيع ، فإن قيمة الشقص تنقص ، ولا يرغب فيه مُشَقِّصًا ،
فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة . ولأنه سبب يفسخ^(٥) به البيع ،

الشرح الكبير

و « التلخيص » ، و « المحرر » ، و « الحاوين » ، و « الوجيز » ،
و « الرعايتين » ، في موضع ، وغيرهم . وقدمه في « الفائق » . قال في
« الفروع » : « فله أسوة [١٣٧/٢] الغرماء في الأصح . وقيل : لا يمتنع الرجوع .

الإنصاف

(١) في : المسند ٥٢٥/٢ .

(٢) في م : « ورواه » .

(٣) انظر تخریج حديث : « أيما رجل مات أو أفلس ... » في صفحة ٢٦٣ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : « يفسد » .

فلم يَجْزُ تَشْقِيقُهُ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالْخِيَارِ ، وَقِيَاسُ الْبَيْعِ عَلَى الْبَيْعِ أَوَّلَى مِنْ قِيَاسِهِ عَلَى النِّكَاحِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمَبِيعِ عَيْنًا وَاحِدَةً أَوْ عَيْنَيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ وَالْمَعْنَى . فَإِنْ قِيلَ : حَدِيثُكُمْ يَرْوِيهِ أَبُو بَكْرٍ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ مُرْسَلًا ، وَلَا حُجَّةَ فِي الْمَرَاثِيلِ . قُلْنَا : قَدَرَوَاهُ مَالِكٌ وَمُوسَى بْنُ عُقْبَةَ عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، كَذَلِكَ ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(١) ، وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَه ، وَالدَّارَقُطْنِيُّ^(٢) فِي سُنَنِهِمْ مُتَّبِعًا ، فَلَا يَضُرُّ إِرْسَالُ مَنْ أَرْسَلَهُ ، عَلَى أَنَّ حَدِيثَنَا الْأَوَّلَ يَكْفِي فِي الدَّلَالَةِ ، وَهُوَ مُتَّصِلٌ ، رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ .

اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَالَ فِي « الْكُبْرَى » ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : وَإِنْ اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ، فَلِبَائِعِهِ الرُّجُوعُ . وَقِيلَ : الشَّفِيعُ أَحَقُّ بِهِ . وَقِيلَ : إِنْ طَلَبَ الشَّفِيعُ ، امْتَنَعَ ، وَإِلَّا فَلَا . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْكَافِي » ، وَ« الزَّرْكَاشِيِّ » . وَمِنْهَا ، أَنَّ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ رَهْنٍ . فَإِنْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ رَهْنٍ ، امْتَنَعَ الرُّجُوعُ . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . لَكِنْ إِذَا كَانَ الرَّهْنُ أَكْثَرَ مِنَ الدِّينِ ، فَمَا فَضَّلَ مِنْهُ ، رُدُّهُ عَلَى الْمَالِ ، وَلَيْسَ لِبَائِعِهِ الرُّجُوعُ فِي الْفَاضِلِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَيَأْتِي قَرِيبًا فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ مَجْزُومًا بِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الْكَافِي » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ لَهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا يُخْرِجُ عَلَى الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ تَلَفَ بَعْضِ الْمَبِيعِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، فَكَذَلِكَ

(١) انظر الاستيعاب ٢١/٢٢ .

(٢) تقدم تخريجه عند أبي داود وابن ماجه في صفحة ٢٦٣ . وأخرجه الدارقطني في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣/٣٠ .

فصل : الشرط الثالث ، أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها ،
 فإن تلف جزء منها ، كبعض أطراف العبد ، أو ذهب عينه ، أو تلف
 بعض الثوب ، أو انهدم بعض الدار ، أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته
 فتلفت الثمرة ، أو نحو هذا ، لم يكن للبائع الرجوع ، وكان أسوة الغرماء .
 وبهذا قال إسحاق . وقال مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، والعنبري :
 له الرجوع في الباقي ، ويضرب مع الغرماء بحصة التالف ؛ لأنها عين
 يملك الرجوع في جميعها ، فملك الرجوع في بعضها ، كالذي له الخيار ،
 وكالأب فيما وهب لولده . ولنا ، قول النبي ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ

ذَهَابَ بَعْضُهُ بِالْبَيْعِ . فلو كان المبيع عَيْنَيْنِ ؛ فَرَهَنَ أَحَدَهُمَا ، فَهَلْ يَمْلِكُ الْبَائِعُ
 الرَّجُوعَ فِي الْأُخْرَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا تَلَفَ أَحَدُ الْعَيْنَيْنِ ،
 عَلَى مَا تَقَدَّمَ . وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ الْمَذْهَبَ ، لَهُ الرَّجُوعُ هُنَا . فكذا هنا .

فائدة : لو مات الراهن ، وضاعت التركة عن الديون ، قدم المرتهن برهنه .
 على الصحيح من المذهب ، ونص عليه ، وعليه الأصحاب . وعنه ، هو أسوة
 الغرماء . نص عليه أيضاً . وأطلقهما الزركشي ، آخر الرهن . ومنها ، أن لا يتعلق
 بها حق جناية ؛ بأن يشتري عبداً ، ثم يفلس بعد تعلق أرض الجناية برقبته ، فيمنع
 الرجوع . على الصحيح من المذهب . جزم به في « الوجيز » ، و « الفروع » ،
 و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » .
 وقدمه في « الفائق » ، و « الكافي » . وقيل : له الرجوع ؛ لأنه حق لا يمنع
 تصرف المشتري فيه ، بخلاف الرهن . وأطلقهما في « المعنى » ،
 و « الشرح » ، و « النظم » ، و « الزركشي » . فعلى المذهب ، حكمه حكم

بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ^(١) . فَشَرَطَ ^(٢) أَنْ يَجِدَهُ بِعَيْنِهِ ، وَهَذَا لَمْ يَجِدْهُ بِعَيْنِهِ ، وَلَئِنْ إِذَا أَدْرَكَهُ بِعَيْنِهِ حَصَلَ لَهُ بِالرُّجُوعِ فَصْلُ الْخُصُومَةِ وَانْقِطَاعُ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْمُعَامَلَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجَدَ بَعْضَهُ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَرْضَى بِالْمَوْجُودِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، أَوْ يَأْخُذَهُ بِقِسْطِهِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ شَرْطُ الرُّجُوعِ . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنَيْنِ ، كَعَبْدَيْنِ أَوْ ثَوْبَيْنِ تَلَفَ أَحَدُهُمَا أَوْ نَقَصَ ، فَفِي جَوَازِ الرُّجُوعِ [١٠٤/٤] فِي الْبَاقِي مِنْهُمَا رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَرْجِعُ . نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ عَنْهُ ، قَالَ : لَا يَرْجِعُ بَبَقِيَّةِ الْعَيْنِ ، وَيَكُونُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدِ الْمَبِيعَ بِعَيْنِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ عَيْنًا وَاحِدَةً . وَلِأَنَّ بَعْضَ الْمَبِيعِ تَالَفَ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فِيهِ ،

الرَّهْنِ . وَعَلَى الثَّانِي ، هُوَ مُخَيَّرٌ ؛ إِنْ شَاءَ رَجَعَ فِيهِ نَاقِصًا بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَإِنْ شَاءَ ضَرَبَ بِثَمَنِهِ مَعَ الْغُرَمَاءِ ، فَإِنْ أَبْرَأَ الْغَرِيمَ مِنَ الْجِنَايَةِ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ عَشَرَ » : لَوْ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ الْمَبِيعَةَ حَقُّ شُفْعَةٍ ، أَوْ جِنَايَةٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، ثُمَّ أَسْقَطَ الْمُرْتَهَنُ ، أَوْ الشَّفِيعُ ، أَوْ الْمَجْنِيءُ عَلَيْهِ حَقَّهُ ، فَلِلْبَائِعِ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْغُرَمَاءِ ؛ لِزَوَالِ الْمُزَاحَمَةِ ، عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ . ذَكَرَهُ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » . وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ . انْتَهَى . وَمِنْهَا ، أَنْ لَا يَزِيدُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً . فَإِنْ زَادَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كَالسَّمَنِ ، وَتَعَلَّمَ صَنْعَةً ؛ كَالكِتَابَةِ ، وَالْقُرْآنِ ، وَنَحْوَهُمَا ، ائْتَمَعَ الرُّجُوعُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَالشَّيْرَازِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « الْكَافِي » ،

(١) تقدم ترجمته في صفحة ٢٥٥ .

(٢) في م : « بشرط » .

كما لو قُطِعَت يَدُ الْعَبْدِ . وَنَقَلَ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ عَنْ أَحْمَدَ ، إِنْ كَانَ ثَوْبًا وَاحِدًا فَتَلَفَ بَعْضُهُ ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ ، وَإِنْ كَانَ رَزْمًا فَتَلَفَ بَعْضُهَا ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ بِقِيَّتِهَا إِذَا كَانَ بَعِيْنُهُ ؛ لِأَنَّ السَّالِمَ مِنَ الْمَبِيعِ وَجَدَهُ الْبَائِعُ بَعِيْنُهُ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْحَدِيثِ الْمَذْكُورِ . وَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ وَجَدَهُ بَعِيْنُهُ ، فَكَانَ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ جَمِيعَ الْمَبِيعِ . فَإِنْ بَاعَ بَعْضَ الْمَبِيعِ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ وَقَفَهُ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ تَلَفِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَا أَدْرَكَ مَا لَهُ بَعِيْنُهُ ^(١) .

فصل : فَإِنْ تَغَيَّرَتْ صِفَتُهَا بِمَا يُزِيلُ اسْمَهَا ، فَطَحَنَ الْحِنْطَةَ ، أَوْ زَرَعَهَا ، أَوْ خَبَزَ الدَّقِيقَ ، أَوْ عَمِلَ الزَّيْتَ صَابُونًا ، أَوْ قَطَعَ الثَّوْبَ قَمِيصًا ، أَوْ نَسَجَ الْعَزْلَ ثَوْبًا ، أَوْ نَجَرَ الْخَشَبَةَ أَبْوَابًا ، أَوْ عَمِلَ الشَّرِيْطَ إِبْرًا ، أَوْ شَيْئًا فَعَمِلَ ^(٢) بِهِ مَا أزال اسْمَهُ ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، بِهِ أَقُولُ ، يَأْخُذُ عَيْنَ مَا لَهُ ، وَيُعْطَى قِيَمَةُ عَمَلِ الْمُفْلِسِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَا لَهُ مَوْجُودَةٌ ، وَإِنَّمَا تَغَيَّرَ اسْمُهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حَمَلًا فَصَارَ كَبْشًا ، أَوْ وَدِيًّا ^(٣) فَصَارَ نَخْلًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ مَتَاعَهُ بَعِيْنَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ . وَالْأَصْلُ الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَتَغَيَّرْ اسْمُهُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

و « الشَّرْح » ، و « الْفُرُوع » . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَرَدًّا غَيْرَهُ . قَالَ الْقَاضِي ، فِي كِتَابِ الْهَبَةِ مِنْ « خِلَافِهِ » : وَهُوَ مَنْصُوصٌ أَحَدًا . وَعَنْهُ ، أَنَّ

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢) فِي م : « فَصَلَ » .

(٣) الْوَدِي : صِغَارُ النَّخْلِ ، وَاحِدَتُهَا وَدِيَّةٌ .

فصل : فَإِنْ كَانَ حَبًّا فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ بِالْعَكْسِ ، أَوْ نَوَى فَنَبَتَ شَجَرًا ، أَوْ يَبْضًا فَصَارَ فِرَاحًا ، سَقَطَ الرُّجُوعُ . وقال القاضى : لا يَسْقُطُ . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ الْمَنْصُوصِ ^(١) عَلَيْهِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ نَفْسُ الْحَبِّ ، وَالْفَرَخَ نَفْسُ الْبَيْضَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ مُتْلِفٌ فَأَخَذَ قِيمَتَهُ . وَلِأَنَّ الْحَبَّ أَغْيَانُ ابْتَدَأَهَا اللَّهُ تَعَالَى ، لَمْ تَكُنْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْبَيْعِ ، وَكَذَلِكَ أَغْيَانُ الزَّرْعِ وَالْفَرَخِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، وَاشْتَرَى بَذْرًا وَمَاءً ، فَزَرَعَ وَسَقَى وَاسْتَحْصَدَ ، وَأَفْلَسَ ، فَالْمُوجِرُ وَبَائِعُ الْبَذْرِ وَالْمَاءِ غُرْمَاءُ ، لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الرُّجُوعِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَجِدُوا أَغْيَانَ أَمْوَالِهِمْ . وَعَلَى قَوْلٍ مَنِ قَالَ : لَهُ الرُّجُوعُ فِي الزَّرْعِ . تَكُونُ عَلَيْهِ غَرَامَةُ الْأُجْرَةِ وَثَمَنُ الْمَاءِ ، أَوْ قِيمَةُ ذَلِكَ .

الرَّيَاذَةُ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَقَالَ : وَهُوَ الْقِيَاسُ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، وَلَعَلَّهُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّهُ الْمَنْصُوصُ ، وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ . فَعَلِيهَا ، يَأْخُذُهَا بِرِيَادَتِهَا . وَأَطْلَقَهُمَا ابْنُ الْبَنَّا فِي « الْخِصَالِ » ، وَصَاحِبُ « الْحَاوِيَيْنِ » .

(١ - ١) فِي م : « عَلَيْهِمَا » .

وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ مِنْ شُفْعَةٍ ، أَوْ جِنَايَةٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، وَنَحْوِهِ ،

١٩١٤ - مسألة : (ولم يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ مِنْ شُفْعَةٍ ، أَوْ جِنَايَةٍ ، أَوْ رَهْنٍ) هذا هو الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، وهو أن لا يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ الْغَيْرِ ، فَإِنْ رَهَنَهَا الْمُفْلِسُ أَوْ وَهَبَهَا ، لم يَمْلِكِ الْبَائِعُ الرَّجُوعَ ، كما لو باعها أو أعتقها ؛ لأنَّ في (١) الرَّجُوعِ إِضْرَارًا بِالْمُرْتَهِنِ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بَعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (٢) . وهذا لم يَجِدْهُ عِنْدَ [١٠٥/٤] الْمُفْلِسِ . ولا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . فَإِنْ كَانَ دَيْنُ (٣) الْمُرْتَهِنِ دُونَ قِيَمَةِ الرَّهْنِ ، يَبِيعُ كُلَّهُ ، فَقَضَى مِنْهُ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ ، والباقي يُرَدُّ عَلَى مَالِ الْمُفْلِسِ ، يَشْتَرِكُ فِيهِ الْغُرَمَاءُ ، وَإِنْ يَبِيعُ بَعْضُهُ ، فَباقِيَهُ لَهُمْ يُبَاعُ أَيْضًا ، ولا يَرْجَعُ بِهِ الْبَائِعُ . وقال القاضي : له الرَّجُوعُ بِهِ (٤) . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ . وهذا مِثْلُ تَلَفِ بَعْضِ الْمَبِيعِ ، وقد ذَكَرْنَاهُ . وما ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا يُخَرِّجُ عَلَى الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ تَلَفَ بَعْضِ الْمَبِيعِ يَمْنَعُ الرَّجُوعَ ، فَكَذَلِكَ ذَهَابُ بَعْضِهِ بِالْبَيْعِ . ولو رَهَنَ بَعْضَ الْعَبْدِ لم يَكُنْ لِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِي بَاقِيهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنَيْنِ ، فَرَهَنَ إِحْدَاهُمَا ، فَهَلْ يَمْلِكُ الْبَائِعُ الرَّجُوعَ فِي الْأُخْرَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا تَلَفَتْ إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ . فَإِنْ فَكَّ

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٥ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

الرَّهْنَ قَبْلَ فَلَسِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ دَيْنِهِ ، فَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ أَفْلَسَ وَهُوَ رَهْنٌ ، فَأَبْرَأَ الْمُرْتَهَنُ الْمُشْتَرِي مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ قَضَى الدَّيْنَ مِنْ^(١) غَيْرِهِ ، فَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ أَيْضًا ؛ لِذَلِكَ^(٢) .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ شَقْصًا مَشْفُوعًا ، ففِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْبَائِعُ أَحَقُّ بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِلخَبَرِ . وَلِأَنَّهُ إِذَا رَجَعَ فِيهِ ، عَادَ الشَّقْصُ إِلَيْهِ ، فَيَزُولُ الضَّرَرُ عَنِ الشَّفِيعِ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ كَمَا كَانَ قَبْلَ الْبَيْعِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الشَّفِيعَ أَحَقُّ . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ شَيْخُنَا هَهُنَا . وَحَكَاهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ ثَبَتَ بِالْحَجَرِ ، وَحَقَّ الشَّفِيعِ ثَبَتَ بِالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ حَقَّهُ آكَدُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ انْتِرَاعَ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي وَمِمَّنْ نَقَلَهُ إِلَيْهِ ، وَحَقُّ الْبَائِعِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ مَا دَامَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَزُولُ الضَّرَرُ عَنْهُ بَرَدَهُ إِلَى الْبَائِعِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ بَائِعِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَقَالَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ حَقُّ الشَّفِيعِ . الْوَجْهُ الثَّالِثُ ، أَنَّ الشَّفِيعَ إِنْ كَانَ طَالِبَ بِالشَّفْعَةِ ، فَهُوَ أَحَقُّ ؛ لِتَأْكِيدِ حَقِّهِ بِالْمُطَابَقَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَالِبَ ، فَلِلْبَائِعِ أَوْلَى . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَالأَوَّلَيْنِ . وَلَهُمْ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّ الثَّمَنَ يُؤْخَذُ مِنَ الشَّفِيعِ ، فَيَخْتَصُّ بِهِ الْبَائِعُ ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَقِّينِ ، فَإِنَّ غَرَضَ الشَّفِيعِ فِي عَيْنِ

(١) فِي م : عَنْ .

(٢) فِي ق : كَذَلِكَ .

الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ ، وَغَرَضَ الْبَائِعِ فِي ثَمَنِهِ ، فَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَا .
وليس هذا جَيِّدًا ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ إِنَّمَا يَثْبُتُ فِي الْعَيْنِ ^(١) ، فَإِذَا صَارَ الْأَمْرُ
إِلَى وَجُوبِ الثَّمَنِ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، فَسَاوَى الْعُرَمَاءَ فِيهِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدًا ، فَأُفْلَسَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ تَعَلُّقِ أَرْضِ
الْجِنَايَةِ بِرَقَبَتِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لِلْبَائِعِ [١٠٥/٤ ظ]
الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الرَّهْنِ بِهِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، وَأَرْضُ الْجِنَايَةِ يُقَدِّمُ عَلَى
حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَأَوَّلَى أَنْ يَمْنَعَ . وَهَذَا ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَالثَّانِي ، لَا
يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي فِيهِ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ .
فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ الرَّهْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهُ الرُّجُوعُ . فَهُوَ
مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ فِيهِ نَاقِصًا بِأَرْضِ الْجِنَايَةِ ، وَإِنْ شَاءَ ضَرَبَ بِثَمَنِهِ
مَعَ الْعُرَمَاءِ . وَإِنْ أَبْرَأَ الْعَرِيمَ مِنَ الْجِنَايَةِ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ
مَتَاعَهُ بَعَيْنَهُ خَالِيًا مِنْ تَعَلُّقِ حَقِّ غَيْرِهِ بِهِ .

فصل : فَإِنْ أُلْفَسَ بَعْدَ خُرُوجِ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِهِ ؛ بَيْعٍ ، أَوْ عَتَقٍ ،
أَوْ وَقْفٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُدْرِكْ مَتَاعَهُ
بَعَيْنَهُ عِنْدَ الْمُفْلِسِ ، سَوَاءً كَانَ الْمُشْتَرِي يُمَكِّنُهُ اسْتِرْجَاعُ الْمَبِيعِ بِخِيَارٍ
لَهُ ، أَوْ غَيْبٍ فِي ثَمَنِهِ ، أَوْ رُجُوعِهِ فِي هِبَةٍ وَلَدَهُ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .
فَإِنْ أُلْفَسَ بَعْدَ رُجُوعِ ذَلِكَ إِلَى مِلْكِهِ فَفِيهِ أَوْجُهُ ثَلَاثَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، لَهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَبِيعِينَ » .

وَلَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كَالسَّمَنِ ، وَتَعَلَّمَ صَنْعَةً . وَعَنْهُ ، أَنَّ الْمَقْنَعِ
الزِّيَادَةَ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ .

الرُّجُوعُ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلأنَّهُ أَذْرَكَ عَيْنَ مَالِهِ خَالِيًا عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ
لَمْ يَبِعْهُ . الثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَلِكَ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَيْهِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ
فَسْخَهُ . ذَكَرَ أَصْحَابُنَا الْوَجْهَيْنِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ ذَلِكَ .
وَالثَّالِثُ ، أَنَّهُ إِنْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ؛ كَبَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ إِرْثٍ ، أَوْ
وَصِيَّةٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لِأنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ . وَإِنْ عَادَ
إِلَيْهِ بِفَسْخٍ ؛ كَالْإِقَالَةِ ، وَالرَّدِّ بَعِيْبٍ أَوْ خِيَارٍ ، وَنَحْوِهِ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛
لأنَّ هَذَا الْمَلِكَ اسْتَدَّ إِلَى السَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ الثَّانِي لَا يَقْتَضِي
ثُبُوتَ الْمَلِكِ ، وَإِنَّمَا أزال^(١) السَّبَبَ الْمُزِيلَ لِمَلِكِ الْبَائِعِ ، فَثَبَّتَ الْمَلِكُ
بِالسَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَمَلِكٌ اسْتَرْجَاعَ مَا ثَبَّتَ الْمَلِكُ فِيهِ بَيْعَهُ .

١٩١٥ - مسألة : (وَلَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كَالسَّمَنِ ، وَتَعَلَّمَ
صَنْعَةً) وَهَذَا هُوَ الشَّرْطُ الْخَامِسُ ، وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ الْمَبِيعُ زَادَ زِيَادَةً
مُتَّصِلَةً ؛ كَالسَّمَنِ ، وَالْكَبَرِ ، وَتَعَلَّمَ الْكِتَابَةَ ، أَوِ الْقُرْآنَ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ،
فَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ . وَرَوَى الْمِمْوْنِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا
(لَا تَمْنَعُ) . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، (إِلَّا أَنْ)^(٢) مَالِكًا يُخَيِّرُ
الْعُرْمَاءَ بَيْنَ أَنْ يُعْطَوْهُ السَّلْعَةُ أَوْ ثَمَنُهَا الَّذِي بَاعَهَا بِهِ . وَاحْتَجُّوا بِالْخَبَرِ ،

الإِنصَافِ

(١) فِي م : ذَال .
(٢) فِي م : لَأَنَّ .

وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة ، فلم تمنع المتصلة ، كالرد بالعيب ، وفارق الطلاق ، فإنه ليس بفسخ ، ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين ، فيصل إلى حقه تاماً ، وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن . ولنا ، أنه فسخ بسبب حادث ، فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة ، كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع ، ولأنها زيادة في ملك المفلس ، فلم يستحق البائع أخذها ، كالمنفصلة [١٠٦/٤] .
 وكالحاصل بفعله ، ولأن النماء لم يصل إليه من البائع ، فلم يستحق أخذه منه ، كغيره من أمواله . وفارق الرد بالعيب لوجهين ؛ أحدهما ، أن الفسخ فيه من المشتري ، فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع ، بخلاف مسألتنا . الثاني ، أن الفسخ لمعنى قارن العقد ، وهو العيب القديم ، والفسخ ههنا بسبب^(١) حادث ، فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة . وقولهم : إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة . لا يصح ، فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ، ولأنه لو كان مستحقاً للزيادة ، لم يسقط حقه منها بالقدر على أخذ القيمة ، كمشتري المعيب . ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة ؛ لكون الزيادة مستحقة له ، فلما لم يكن كذلك ، علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة ،

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، وَالنَّقْصُ بِهَذَا ، أَوْ نِسْيَانِ صَنْعَةٍ ، فَلَا يَمْنَعُ
الرُّجُوعَ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ . وَعَنْهُ ، لِلْبَائِعِ .

الشرح الكبير

وَلأنَّهُ لَا يُمَكِّنُ فَضْلُهَا ، فَكَذَلِكَ هُنَا ، بَلْ أَوْلَى ؛ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ هُنَا يَتَعَلَّقُ
بِهَا حَقُّ الْمُفْلِسِ وَالْغُرَمَاءِ ، فَمَنْعُ الْمُشْتَرَى ^(١) مِنْ أَخْذِ زِيَادَةٍ لَيْسَتْ لَهُ
أَوْلَى مِنْ تَقْوِيَّتِهَا عَلَى الْغُرَمَاءِ الَّذِينَ لَمْ يَصِلُوا إِلَى تَمَامِ حُقُوقِهِمْ ، وَالْمُفْلِسِ
الْمُحْتَاجِ إِلَى تَبَرُّثِهِ ذِمَّتِهِ عِنْدَ اشْتِدَادِ حَاجَتِهِ . وَأَمَّا الْخَبَرُ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى
مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عَلَى صِفَتِهِ لَيْسَ بِزَائِدٍ ، وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ آخَرُ ، وَهُنَا
قَدْ تَعَلَّقَتْ بِهِ حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الزِّيَادَةِ ، لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الدَّلِيلِ .
يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ تَلَفُ بَعْضِ الْمَبِيعِ مَانِعًا ^(٢) مِنَ الرُّجُوعِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ
يَلْحَقُ بِالْمُفْلِسِ وَلَا الْغُرَمَاءِ ، فَلَأَن تَمْنَعَ الزِّيَادَةُ فِيهِ مَعَ تَقْوِيَّتِهَا بِالرُّجُوعِ
عَلَيْهِمْ أَوْلَى ، وَلأنَّهُ إِذَا رَجَعَ فِي النَّاقِصِ ، فَمَا رَجَعَ إِلَّا فِيمَا بَاعَهُ وَخَرَجَ
مِنْهُ ، فَإِذَا رَجَعَ فِي الزَّائِدِ ، أَخَذَ مَا لَمْ يَبِعْهُ ، وَاسْتَرْجَعَ مَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْهُ ،
فَكَانَ بِالْمَنْعِ أَحَقُّ .

١٩١٦ - مسألة : (فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، وَالنَّقْصُ بِهَذَا ، أَوْ
نِسْيَانِ صَنْعَةٍ ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ . وَعَنْهُ ، لِلْبَائِعِ)
وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُتَفَصِّلَةَ ؛ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ ، وَالْكَسْبِ ، لَا

قوله : فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، فَلَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو المذهب ، وعليه
الأصحاب ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ،

(١) فِي م : هَذَا الْبَائِعُ .

(٢) بَعْدَهُ فِي ق ، م : هَذَا لَهُ .

تَمْنَعُ الرَّجُوعَ ، بغيرِ خِلافٍ بينَ أَصْحَابِنَا . وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعيُّ .
 وسواءٌ نَقَصَ بها المَبِيعُ ، أو لم يَنْقُصْ ، إذا كان نَقَصَ صِفَةٍ . والزِّيَادَةُ
 للمُفْلِسِ . وهذا ظاهرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه مَنَعَ الرَّجُوعَ بِالزِّيَادَةِ
 الْمُتَّصِلَةِ ؛ لكونِها للمُفْلِسِ ، فالْمُنْفَصِلَةُ أَوْلَى . وهو قولُ ابنِ حَامِدٍ ،
 والقاضي ، و^(١) مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وهو الصَّحِيحُ إِنْ شاءَ اللهُ تعالى .
 وقال أبو بكرٍ : الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ . ونَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ
 أَحْمَدَ ، فِي وَلَدِ الْجَارِيَةِ ، وَنَتَاجِ الدَّابَّةِ ، هُوَ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ، فَكَانَتْ
 لِلْبَائِعِ ، كَالْمُتَّصِلَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ [٢٠٦/٤] فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ،
 فَكَانَتْ لَهُ ، كَمَا لو رَدَّه بَعِيْبٌ ، وَلأنَّه فَسَخٌ اسْتَحَقَّ بِهِ اسْتِرْجَاعُ الْعَيْنِ ،
 فَلَمْ يَسْتَحَقَّ أَخْذَ^(٢) الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ ؛ كَفَسَخِ الْبَيْعِ بِالْعَيْبِ أَوْ
 الْخِيَارِ ، وَالْإِقَالَةِ ، وَفَسَخِ النِّكَاحِ بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْفَسْخِ ، وَلأنَّ قولَ
 النَّبِيِّ ﷺ : « الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ »^(٣) . يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّمَاءَ وَالْعَلَّةَ

بغيرِ خِلافٍ بينَ أَصْحَابِنَا . وَذَكَرَ فِي « الْإِرْشَادِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » ،
 وَ « الْمُوجِزِ » ، فِي مَنَعِ الْمُتَّصِلَةِ مِنَ الرَّجُوعِ ، رِوَايَتَيْنِ . وَعِنْدَ ابْنِ أَبِي
 مُوسَى ، يَمْنَعُ الْوَلَدُ الرَّجُوعَ فِي أُمِّهِ .

فائدة : لو كان حَمَلاً عِنْدَ الْبَيْعِ ، أَوْ عِنْدَ الرَّجُوعِ ، فَوَجَّهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
 « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : إِنْ كَانَ حَمَلاً عِنْدَ

(١) فِي م : « وَهُوَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ م .

(٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ٢٨٤/١٠ .

للمُشْتَرَى ؛ لَكَوْنِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ . وَقياسُهم على الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ ، الْأَصْلُ فِيهِ مَمْنُوعٌ ، ثُمَّ لَوْ سُلِّمَ ثُمَّ ، فَالْفَرْقُ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّ الْمُتَّصِلَةَ تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، بِخِلَافِ الْمُتَفَصِّلَةِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : وَلَا يَتَّبِعِي أَنْ يَقَعَ فِي هَذَا خِلَافٌ ؛ لظُهُورِهِ ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ بَاعَهُمَا فِي حَالِ حَمْلِهِمَا ، فَيَكُونَانِ مَبِيعَيْنِ ^(٢) ، وَلِهَذَا خَصَّ هَذَيْنِ بِالذِّكْرِ دُونَ بَقِيَّةِ الثَّمَاءِ .

فصل : فَإِنْ نَقَصَتْ مَالِيَّةُ الْمَبِيعِ لِدَهَابِ صِفَةٍ ، مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَعَبْدٍ هُزِلَ ، أَوْ نَسِيَ صِنَاعَةً أَوْ كِتَابَةً ، أَوْ كَبِيرَ ، أَوْ تَغَيَّرَ عَقْلُهُ ، أَوْ كَانَ ثَوْبًا فَخَلَقَ ، لَمْ يَمْنَعْ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّ فَقْدَ الصِّفَةِ لَا يُخْرِجُهُ عَنْ كَوْنِهِ عَيْنَ مَالِهِ ، لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِهِ نَاقِضًا بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْعُرْمَاءِ بِكَمَالِ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ لَا يَتَقَسَّطُ عَلَى صِفَةِ السِّلْعَةِ مِنْ سَمَنٍ أَوْ هُزَالٍ أَوْ عِلْمٍ أَوْ نَحْوِهِ ، فَيَصِيرُ كَنَقْصِهِ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ أَمَةً ثَبِيًّا ، فَوَطَّئَهَا الْمُشْتَرَى وَلَمْ تَحْمِلْ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، فَإِنَّهَا لَمْ تَنْقُصْ

الْبَيْعِ وَالرَّجُوعِ ، لَمْ يَمْنَعْ الرَّجُوعَ ، كَالسَّمَنِ . وَإِنْ كَانَ حَمْلًا عِنْدَ الْبَيْعِ ، الْإِنْصَافُ مُنْفَصِلًا عِنْدَ الرَّجُوعِ ، فَوَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» ، وَ«الْحَاوِيَيْنِ» ، وَ«الْفَائِقِ» . وَمَعَ الرَّجُوعِ لَا أَرْضَ ، عَلَى الْأَظْهَرِ . وَإِنْ كَانَتْ حَاتِلًا عِنْدَ الْبَيْعِ ، حَامِلًا [١٣٧ / ٢] عِنْدَ الرَّجُوعِ ، فَقَالَ فِي «الْكُبْرَى» :

(١) فِي : الْمَغْنَى ٥٥١/٦ .

(٢) فِي م : «بَسْبِيبِينَ» .

الشرح الكبير في ذاتٍ ولا صفاتٍ . وإن كانت بكرًا ، فقال القاضي : له الرجوع ؛ لأنه فقد صفةً ، فإنه لم يذهب منها جزءٌ ، وإنما هو كالجراح^(١) . وقال أبو بكر : ليس له الرجوع ؛ لأنه أذهب منها جزءًا ، فأشبه ما لو فقأ عينها . وإن وجد الوطاء من غير المفلس ، فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا .

فصل : وإن جرح العبد ، أو شج ، فعلى قول أبي بكر ، لا يرجع ؛ لأنه ذهب جزءٌ ينقص به الثمن ، أشبه ما لو فقئت عين العبد ، ولأنه ذهب من العين جزءٌ له بدلٌ ، فمنع الرجوع ، كما لو قطعت يد العبد ، ولأنه لو كان نقص صفةً مجردةً لم يكن مع الرجوع فيها شيءٌ سواه ، كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة ، وههنا بخلافه ، ولأن الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما ، فلا يثبت في محل

الإنصاف فوجهان . وقال في « التلخيص » : هو كالسمن ، والأظهر ، يتبع في الرجوع كالبيع . انتهى . وقال المصنف : قال القاضي : إن اشتراها حاملاً ، وأفلس بعد وضعها ، فله الرجوع فيهما مطلقاً . قال المصنف : والصحيح أننا إذا قلنا : لا حكم للحمل . فهو زيادةٌ منفصلة . وإن قلنا : له حكم . وهو الصحيح ، فإن كان هو والأم قد زادا بالوضع ، فزيادةٌ متصلة ، وإن لم يريدا ، جاز الرجوع فيهما . وإن زاد أحدهما دون الآخر ، خرج على الرويتين فيما إذا كان المبيع عتيق تلف بعض أحدهما ، على ما تقدم . وإن كانت عند البيع حائلاً ، وحاملاً عند الرجوع ، وزادت قيمتها ، فزيادةٌ متصلة ، وإن أفلس بعد الوضع ، فزيادةٌ منفصلة . وقال

(١) في ١ ر ، ر ، ق : « كالجراح » .

الشرح الكبير

لَا يَثْبُتُ بِهِ هَذَا الْمَقْصُودُ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ؛
لأنه فَقْدُ صِفَةٍ ، فَأَشْبَهَ نِسْيَانَ الصَّنْعَةَ وَاسْتِخْلَاقَ الثُّوبِ . فَإِذَا رَجَعَ ،
نَظَرْنَا فِي الْجَرَحِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا أَرُشَ لَهُ ؛ كَالْحَاصِلِ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ،
أَوْ فِعْلِ بَهِيمَةٍ ، أَوْ جِنَايَةِ الْمُفْلِسِ ، أَوْ جِنَايَةِ عَبْدِهِ ، أَوْ جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى
نَفْسِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ مَعَ الرُّجُوعِ أَرُشٌ . وَإِنْ كَانَ الْجَرَحُ مُوجِبًا لِأَرُشٍ ،
كَجِنَايَةِ الْأَجْنَبِيِّ [١٠٧/٤] فَلِلْبَائِعِ إِذَا رَجَعَ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْعُرْمَاءِ بِحِصَّةٍ
مَا نَقَصَ مِنَ الثَّمَنِ ، فَيَنْظُرُ كَمْ نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فَيَرْجِعُ بِقِسْطِ ذَلِكَ مِنَ
الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَى الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ بِالثَّمَنِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا
جَعَلْتُمْ لَهُ الْأَرُشَ الَّذِي وَجِبَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَجِبْ بِهِ أَرُشٌ ،
لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْأَرُشِ . قُلْنَا : لَمَّا أَتَلَفَهُ
الْأَجْنَبِيُّ ، صَارَ مَضْمُونًا بِإِتْلَافِهِ لِلْمُفْلِسِ ، فَكَانَ الْأَرُشُ لَهُ ، وَهُوَ
مَضْمُونٌ عَلَى الْمُفْلِسِ لِلْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِالْأَرُشِ ،
وَإِذَا لَمْ يُتْلَفْهُ أَجْنَبِيٌّ ، لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا ، فَلَمْ يَجِبْ بِفَوَاتِهِ شَيْءٌ . فَإِنْ قِيلَ :
فَهَلَّا كَانَ هَذَا الْأَرُشُ لِلْمُشْتَرِي ، كَكَسْبِهِ ، لَا يَضْمَنُهُ لِلْبَائِعِ ؟ قُلْنَا :
الْكَسْبُ بَدَلُ مَنَافِعِهِ ، وَمَنَافِعُهُ مَمْلُوكَةٌ لِلْمُشْتَرِي بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَهَذَا بَدَلُ
جُزْءٍ مِنَ الْعَيْنِ ، وَالْعَيْنُ جَمِيعُهَا مَضْمُونَةٌ بِالْعَوَضِ ، فَلِهَذَا ضَمِنَ ذَلِكَ
لِلْمُشْتَرِي .

الإنصاف

القاضي : إِنْ وَجَدَهَا حَامِلًا ، انْبَنَى عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ ، هَلْ لَهُ حُكْمٌ ، فَيَكُونُ زِيَادَةً
مُتَفَصِّلَةً ، يَتَرَبُّصُ بِهِ حَتَّى تَضَعَ ، أَوْ لَا حُكْمَ لَهُ ، كَزِيَادَةِ مُتَّصِلَةٍ ؟ انْتَهَى كَلَامُ
الْمُصَنِّفِ مُلَخَّصًا .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى زَيْتًا فَخَلَطَهُ بِزَيْتٍ آخَرَ ، أَوْ قَمْحًا فَخَلَطَهُ بِمَا لَا يُمَكِّنُ تَمْيِيزُهُ مِنْهُ ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَأْخُذُ أَرْضَهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ ، لَمْ يَسْقُطِ الرُّجُوعُ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَهُ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ حَقُّهُ . قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَبِهِ أَقُولُ . وَاحْتَجُّوا بِأَنْ عَيْنَ مَالِهِ مَوْجُودَةٌ مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مُتَّفِرِّدَةً ، وَلَأنَّهُ لَيْسَ فِيهِ ^(١) أَكْثَرُ مِنْ اخْتِلَاطِ مَالِهِ بغيرِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الرُّجُوعَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّنَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَتْ ، وَلَأنَّ مَا يَأْخُذُهُ ^(٢) مِنْ غَيْرِ مَالِهِ ، إِنَّمَا يَأْخُذُهُ ^(٣) عَوَضًا عَنْ مَالِهِ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ بِهِ دُونَ الْغَرَمَاءِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ مَالُهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » ^(٤) . أَيْ مَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ وَتَمَكَّنَ مِنْ أَخْذِهِ مِنَ الْمُفْلِسِ ،

قوله : وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَاخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي ، فِي « رَوَايَتِهِ » ، وَ « الْمُجَرَّدِ » ، وَالشَّرِيفِ ، وَأَيُّ الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِيهِمَا » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَالْمُصَنِّفُ . وَقَالَ : لَا يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ فِيهِ خِلَافٌ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا لِلْبَائِعِ . وَهِيَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ

(١) فِي م : « لَه » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٥٥ .

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ قَصَرَهُ ، لَمْ يُمْنَعِ الرَّجُوعُ ، وَالزِّيَادَةُ ^{المقنع}

بَدَلِيلٍ مَا لَوْ جَدَّه بَعْدَ زَوَالِ مَلِكِ الْمُفْلِسِ عَنْهُ ، أَوْ كَانَ مَسَامِيرَ قَدْ سَمَرَ
بِهَا أَبَا ، أَوْ حَجَرًا قَدْ بَنَى عَلَيْهِ ، أَوْ خَشَبًا فِي سَقْفِهِ ، أَوْ أَمَةً اسْتَوْلَدَهَا ،
وَهَذَا إِذَا أَخَذَ^(١) مِثْلَهُ أَوْ قِيمَتَهُ ، إِنَّمَا يَأْخُذُ عِوَضَ مَالِهِ ، فَهُوَ كَالثَّمَنِ
وَالْقِيمَةِ . وَفَارَقَ الْمَضْبُوعُ ، فَإِنْ عَيْنُهُ يُمَكِّنُهُ أَخْذَهَا ، وَالسَّوْبِقُ كَذَلِكَ ،
فَاخْتَلَفَا .

١٩١٧ - مسألة : (وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ قَصَرَهُ^(٢)) ، لَمْ يُمْنَعِ

بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُتَّخَبِ الْآدَمِيِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
و « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي
« الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » . وَأُطْلِقَهُمَا الزُّرْكَاشِيُّ . وَيَأْتِي نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْهَبَةِ
وَاللُّقْطَةِ . فَعَلَى الْأَوَّلِ ، إِذَا كَانَتِ الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ وَلَدًا صَغِيرًا ، أُجِبَ الْبَائِعُ عَلَى
بَدْلِ قِيمَتِهِ . وَكَذَا إِنْ كَانَ كَبِيرًا ، وَقُلْنَا : يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ . فَإِنْ أَبَى ، بَطَلَ الرَّجُوعُ ،
فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، يُبَاعَانِ ، وَيُصْرَفُ إِلَيْهِ مَا خَصَّ الْأُمُّ . قَالَهُ فِي
« التَّلْخِصِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » : فَلَوْ
كَانَتِ الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ وَلَدًا أَمَةً ، فَلَهُ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ ، أَوْ بَيْعُ الْأُمِّ مَعَهُ ، وَلَهُ قِيمَتُهَا
ذَاتُ وَلَدٍ بَغِيرَ وَلَدٍ . زَادَ فِي « الْفَائِقِ » ، وَيَحْتَمِلُ مَنَعُ الرَّجُوعِ فِي الْأُمِّ . قَالَ فِي
« الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَذْفَعْ قِيمَتَهُ ، فَلَا رُجُوعَ .

قوله : وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ قَصَرَهُ ، لَمْ يُمْنَعِ الرَّجُوعُ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ . هَذَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَجَدَ » .

(٢) قَصَرَ الثَّوْبَ : دَقَّهُ وَيَبَّضَهُ .

الرُّجُوعُ ، والزَّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ) إِذَا صَبَغَ الْمُفْلِسُ الثَّوبَ ، أَوْ لَتَ السَّوِيقَ بَزَيْتٍ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لِبَائِعِ الثَّوبِ وَالسَّوِيقِ الرُّجُوعُ فِي أَغْيَانِ أَمْوَالِهِمَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِمَا قَائِمَةٌ مُشَاهِدَةٌ مَا تَغَيَّرَ اسْمُهَا ، وَيَكُونُ الْمُفْلِسُ شَرِيكًا لِمُصَاحِبِ الثَّوبِ وَالسَّوِيقِ بِمَا زَادَ عَنْ قِيَمَتِهِمَا . فَإِنْ حَصَلَ زِيَادَةٌ فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ حَصَلَ نَقْصٌ فَعَلَيْهِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ قِيَمَةُ الثَّوبِ أَوْ السَّوِيقِ ، فَإِنْ شَاءَ ^(١) الْبَائِعُ أَخَذَهُمَا [١٠٧/٤ ط] نَاقِصَيْنِ وَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُمَا وَلَهُ أَسْوَةُ الْغُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّ هَذَا نَقْصٌ صِفَةٍ ، فَهُوَ كَالْهَزَالِ . قَالَ شَيْخُنَا ^(٢) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ الرُّجُوعُ إِذَا زَادَتْ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ اتَّصَلَ بِالْمَبِيعِ زِيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ ، فَمَنَعَتْ الرُّجُوعَ ، كَسَمَنِ الْعَبْدِ ، وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ لَا يَتَخَلَّصُ بِهِ الْبَائِعُ مِنَ الْمُفْلِسِ ، وَلَا يَحْصُلُ بِهِ الْمَقْصُودُ مِنْ قَطْعِ الْمُنَازَعَةِ وَإِزَالَةِ الْمُعَامَلَةِ ، بَلْ يَحْصُلُ لَهُ ضَرَرُ الشَّرِكَةِ ، فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُمَكِّنُ الْحَاقِقُ بِهِ .

المذهب . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِثَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . قَالَ صَاحِبُ « التَّلْخِيسِ » وَغَيْرُهُ : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : إِذَا صَبَغَ الثَّوبَ ، أَوْ لَتَ السَّوِيقَ بَزَيْتٍ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لِبَائِعِ الثَّوبِ وَالسَّوِيقِ الرُّجُوعُ فِي أَغْيَانِ أَمْوَالِهِمَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُمَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « سَأَلَ » .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٥٤٧/٦ .

فصل : فإن قصر الثوب ، لم يخل من حالين ؛ أحدهما ، أن لا تزيد قيمته بذلك ، فللبائع الرجوع فيه ؛ لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ، ولم يتلف بعضها ، ولا اتصلت بغيرها ، فكان له الرجوع ، كما لو علم العبد صناعة لم تزد بها قيمته . وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص ؛ لأن ذلك النقص نقص صفة ، فلا يمنع الرجوع ، كسنيان صناعة ، وهزال العبد ، ولا شيء له مع الرجوع . الثاني ، أن تزيد قيمته بذلك ، فليس للبائع الرجوع ، في قياس قول الخرقي ؛ لأنه زاد زيادة لا تتميز زيادتها ، فلم يملك البائع الرجوع فيه ، كسمن العبد ، ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها ، فلم يملك الرجوع ، كبائع الصبغ إذا صبغ به . وقال القاضي وأصحابه : له الرجوع فيها ؛ لأنه أدرك متاعه بعينه ، ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ، ولا ذهبت عينها ، فملك الرجوع

الرجوع إذا زادت القيمة ، كسمن العبد . وقالوا : وإن قصر الثوب ، فإن لم تزد قيمته ، فللبائع الرجوع فيه ، وإن زادت ، فليس له الرجوع ، في قياس قول الخرقي . وقال القاضي ، وأصحابه : له الرجوع . انتهى . وقال ابن أبي موسى : إذا زادت العين بقصارة ، أو صناعة ، ونحوهما ، امتنع الرجوع . وهو ظاهر كلام الخرقي . وقال في « الفروع » : وإن صبغه أو قصره ، فله أسوة الغرماء في وجهيهما ، كتنقصيهما في الأصح . وقال في « الفائق » : وإن صبغ الثوب ، أو قصره ، لم يمنع ، ويشاركه المفلس في الزيادة . وقيل : لا رجوع إن زادت القيمة . وقال في « المستوعب » : وإن كانت ثيابا ، فصبغها أو قصرها ، فذكر ابن أبي موسى ، أنه يكون أسوة الغرماء . وقال القاضي : لا يمنع الرجوع . وقال في « الرعاية

فيها ، كما لو صَبَّعَهَا . فعلى قَوْلِهِمْ : إِنْ كَانَتْ الْقِصَارَةُ بِعَمَلِ الْمُفْلِسِ أَوْ
بِأُجْرَةٍ وَفَّاهَا ، فَهَا شَرِيكَانِ فِي الثَّوْبِ ، فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ الثَّوْبِ خَمْسَةً ،
فَصَارَ يُسَاوِي سِتَّةً ، فَلِلْمُفْلِسِ سُدُسُهُ ، وَلِلْبَائِعِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ . فَإِنْ
اخْتَارَ الْبَائِعُ دَفَعَ قِيَمَةَ الزِّيَادَةِ إِلَى الْمُفْلِسِ ، لَزِمَهُ قَبُولُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَخَلَّصُ
بِذَلِكَ مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ تَلْحَقُهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ دَفَعَ الشَّفِيعُ
قِيَمَةَ الْبِنَاءِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ ، يَبِيعَ الثَّوْبُ ، وَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ
بَقَدْرِ حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ صَانِعٍ لَمْ يَسْتَوْفِ أَجْرَهُ ، فَلَهُ حَبْسُ الثَّوْبِ
عَلَى اسْتِيفَاءِ أَجْرِهِ . فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ بِقَدْرِ الْأَجْرِ ، دُفِعَتْ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَتْ
أَقَلَّ ، فَلَهُ حَبْسُ الثَّوْبِ عَلَى اسْتِيفَاءِ ^(١) قَدْرِ الزِّيَادَةِ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ
بِمَا بَقِيَ ، وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ دِرْهَمَيْنِ ، وَالْأَجْرُ دِرْهَمٌ ،
فَلَهُ قَدْرُ أَجْرِهِ ، وَمَا فَضَّلَ لِلْغُرَمَاءِ .

الْكُبْرَى : « إِنْ قَصَرَ الثَّوْبُ ، وَقُلْنَا : يَرْجِعُ فِي الْأَقْيَسِ . فزَادَتْ قِيَمَتُهُ ، رَجَعَ فِيهِ
رُبُّهُ فِي الْأَصَحِّ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ فِي الْأَقْيَسِ ، فَلَهُ مِنَ الثَّوْبِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ مِنْ
قِيَمَتِهِ . وَقِيلَ : بَلِ أُجْرَةُ الْقِصَارَةِ ، إِلَّا أَنْ يَتَلَفَ بِيَدِهِ ، فَيَسْقُطَ . وَقِيلَ : الْقِصَارَةُ
كَالسَّمَنِ ، وَفِي أُجْرَتِهَا وَجْهَانِ . وَإِنْ لَمْ تَرُدَّ وَلَمْ تَنْقُصْ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ، أَوْ يُشَارِكُهُ
الْغُرَمَاءُ . وَقَالَ فِي صَبْغِ الثَّوْبِ : وَإِنْ صَبَّغَهُ ، فزَادَتْ قِيَمَتُهُ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الصَّبْغِ ،
رَجَعَ الْبَائِعُ فِي الْأَصَحِّ ، وَشَارَكَ الْمُفْلِسَ فِيهِ بِقِيَمَةِ صَبْغِهِ ، إِلَّا أَنْ يَذْفَعَهَا الْبَائِعُ ،
فَإِنْ أَبَى ذَفْعَهَا ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِ حَقِّهِ . وَإِنْ نَقَصَتْ عَنْ قِيَمَةِ الصَّبْغِ ، فَالْتَقْصُصُ مِنَ
الْمُفْلِسِ ، وَإِنْ زَادَتْ قِيَمَتُهَا ، فَالزِّيَادَةُ ، مَعَ قِيَمَةِ الصَّبْغِ ، لَهُ . وَقِيلَ : يَشْتَرِي كَانَ

(١) سقط من: م .

الشرح الكبير

فصل (١) : وإن اشترى صبيغاً فصبيغ به ثوباً ، أو زيتاً فلت به سويقاً ، فبائعهما أسوة الغرماء . وقال أصحاب الشافعي : له الرجوع ؛ لأنه وجد عين ماله . قالوا : ولو اشترى ثوباً وصبيغاً ، فصبيغ الثوب بالصبيغ ، رجع بائع كل شيء في عين ماله ، وكان بائع الصبيغ شريكاً لبائع الثوب . وإن حصل نقص ، فهو من صاحب الصبيغ ؛ لأنه الذي يتفرق وينقص ، والثوب بحاله ، فإذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبيغ خمسة ، [١٠٨/٤] فصارت قيمتهما اثني عشر ، كان لصاحب الثوب خمسة أسداس الثوب ، وللآخر سدسه ، ويضرب مع الغرماء بما نقص ، وذلك ثلاثة دراهم . وذكر القاضي في موضعٍ مثل هذا . ولنا ، أنه لم يجد عين ماله ، فلم يكن له الرجوع^(١) ، كما لو تلف ، ولأن المشتري شغله بغيره على وجه البيع ، فلم يملك بائعه الرجوع فيه ، كما لو كان حجراً فبنى عليه ، أو مسامير فسمر بها باباً . ولو اشترى ثوباً وصبيغاً من واحد ، فصبيغه به ، فقال أصحابنا : هو كما لو كان الصبيغ من غير بائع الثوب . فعلى

منه بالنسبة . وإن لم تزد قيمته ، فلربّه أخذه مجاناً ، أو يكون كالغرماء . وإن نقصت قيمته ، لم يرجع في الأقيس . انتهى .

فائدتان : إحداهما ، لو كانت السلعة صبيغاً ، فصبيغ به ، أو زيتاً فلت به ، فلا رجوع . على الصحيح من المذهب . قال في « الفائق » : [١٣٨/٢] فلا رجوع

(١) سقط هذا الفصل من : ر ، ق .

(٢) سقط من : الأصل .

قَوْلِهِمْ ، يَرْجِعُ فِي الثَّوْبِ وَحْدَهُ ، وَيَكُونُ الْمُفْلِسُ شَرِيكًا لَهُ بِزِيَادَةِ الصَّبْغِ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْغُرْمَاءِ بَشْمَنَ الصَّبْغِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهِمَا هَهُنَا ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ مُتَمَيِّزًا عَنْ غَيْرِهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلِأَنَّ الْمَعْنَى فِي الْمَحَلِّ الَّذِي ثَبَتَ فِيهِ الرُّجُوعُ مَوْجُودٌ هَهُنَا ، فَمَلَكَ الرُّجُوعَ بِهِ ، كَمَا يَمْلِكُهُ ثُمَّ . وَلَوْ اشْتَرَى دُفُوفًا^(١) وَمَسَامِيرَ مِنْ بَائِعٍ وَاحِدٍ ، فَسَمَّرَهَا بِهِ ، رَجَعَ بِائِعُهُمَا فِيهِمَا ؛ لِذَلِكَ ، وَكَذَلِكَ مَا أَشْبَهَهُ .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى أُمَةً حَامِلًا ، ثُمَّ أَفْلَسَ وَهِيَ حَامِلٌ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَمْلُ قَدْ زَادَ بِكِبَرِهِ وَكَثُرَتْ قِيمَتُهَا بِسَبَبِهِ ، فَيَكُونُ مِنْ قِبَلِ الزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ ، عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ أَفْلَسَ بَعْدَ وَضْعِهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِمَا بِكُلِّ حَالٍ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَالصَّحِيحُ أَنَّنَا إِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ . فَالْوَلَدُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ لَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِيهِمَا^(٣) ، عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ الْمُنْفَصِلَةَ عِنْدَهُ

فِي الْأَصَحِّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ . قَالَ الْقَاضِي : لَهُ الرُّجُوعُ . وَجَزَمَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، بِأَنَّهُ إِذَا خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيِّزُ ، يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ ، كَخَلْطِ الزَّيْتِ وَالْقَمْحِ وَنَحْوِهِمَا بِمِثْلِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ كَانَ الثَّوْبُ وَالصَّبْغُ مِنْ وَاحِدٍ ، قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : قَالَ أَصْحَابُنَا : هُوَ كَمَا لَوْ كَانَ الصَّبْغُ مِنْ غَيْرِ بَائِعٍ

(١) كَذَا فِي النسخ ، وَفِي الْمُعْنَى ٥٤٨/٦ : « دُفُوفًا » . وَلَعَلَّهُ الصَّوَابُ .

(٢) فِي : الْمُعْنَى ٥٥١/٦ .

(٣) فِي م : « فِيهَا » .

للبائع ، وهذه زيادةٌ منفصلةٌ ، وعلى قولٍ غيره يكون الولد للمفلس ، فيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْتَنِعَ الرَّجُوعُ فِي الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ الْيُفْضَى إِلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْأُمِّ وَلَدِهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ فِي الْأُمِّ وَيُدْفَعَ قِيمَةُ الْوَلَدِ ؛ لِيَكُونَ جَمِيعًا لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، يَبْعَتِ الْأُمُّ وَلَدُهَا جَمِيعًا ، وَقِسِمَ الثَّمَنُ عَلَى قَدْرِ قِيمَتَيْهِمَا ، فَمَا خَصَّ الْأُمُّ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا خَصَّ الْوَلَدُ لِلْمُفْلِسِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ لِلْوَلَدِ حُكْمًا . وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ ، فَإِنْ (١) كَانَتِ الْأُمُّ وَالْوَلَدُ قَدْ زَادَا بِالْوَضْعِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَبِيعِ الزَّائِدِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً . وَإِنْ لَمْ يَزِيدَا ، جاز الرَّجُوعُ فِيهِمَا . وَإِنْ زَادَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، خُرِجَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنَيْنِ فَتَلَفَ بَعْضُ إِحْدَاهُمَا ، هَلْ يَمْنَعُ ذَلِكَ الرَّجُوعُ فِي الْآخَرِ ؟ كَذَلِكَ يُخْرَجُ هَهُنَا وَجِهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ فِيمَا لَمْ يَزِدْ دُونَ مَا زَادَ . فَيَكُونُ حُكْمُهُ حُكْمَ الرَّجُوعِ فِي الْأُمِّ دُونَ الْوَلَدِ ، عَلَى مَا فَصَّلْنَاهُ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدِ الْمَبِيعَ إِلَّا زَائِدًا ، فَأُشْبِهَ الْعَيْنَ الْوَاحِدَةَ . فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ حَيَوَانًا [١٠٨/٤ ط] غَيْرَ الْأَمَةِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا ، إِلَّا فِي التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ ، بِخِلَافِ الْأَمَةِ .

التَّوْبِ . فَعَلَى قَوْلِهِمْ ، يَرْجِعُ فِي التَّوْبِ وَحْدَهُ ، وَيَكُونُ الْمُفْلِسُ شَرِيكًا بِزِيَادَةِ الصَّنْعِ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْغَرَمَاءِ بِثَمَنِ الصَّنْعِ . قَالَ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهِمَا هَهُنَا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى دُفُوقًا (٢) وَمَسَامِيرَ مِنْ وَاحِدٍ ، فَسَمَرَهَا بِهَا ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيهِمَا .

(١) سقط من : م .

(٢) كذا بالنسخ .

فصل : فإن اشترى حائلاً ، فحملت ، ثم أفلس وهي حامل ، فزادت قيمتها به ، فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع ، على قول الخرقى ، ولا تمنعه ، على رواية الميموني . وإن أفلس بعد وضعها ، فهي زيادة منفصلة ، فتكون للمفلس ، على الصحيح . ويمتنع^(١) الرجوع في الأم دون ولدها ؛ لما فيه من التفريق بينهما . وهذا أحد قولي الشافعي . ويحتمل أن يرجع في الأم ، على ما ذكرنا في التي قبلها . وعلى قول أبي بكر ، الزيادة للبائع ، فيكون له الرجوع فيها . وقال القاضي : إذا وجدها حاملاً ، أنبنى على أن الحمل هل له حكم أو لا ؟ فإن قلنا : لا حكم له . جرى مجرى الزيادة المتصلة . وإن قلنا : له حكم . فالولد في حكم المنفصل ، تتربص به حتى تضع ، ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه . وإن كان الحمل في غير الأدمية ، جاز التفريق بينهما ، كما تقدم .

فصل : فإن كان المبيع نخلاً أو شجراً ، فأفلس المشتري ، لم يخل من أربعة أحوال ؛ أحدها ، أن يفلس وهي بحالها ، لم ترذ ولم تثمر ولم يتلف بعضها ، فله الرجوع فيها . الثاني ، أن يكون فيها ثمر ظاهر ، أو طلع مؤبر ، فيشترطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه ، أو يذهب بجائحة ، ثم يفلس ، فهذا في حكم ما لو اشترى عينين فتلقت إحداهما ثم أفلس ،

فهل للبائع الرجوع في الأصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر؟ على روايتين. وإن تلف بعضها، فهو كتلف جميعها. وإن زادت أو بدا صلاحها، فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين، وقد ذكرنا بيان حكمها. الحال الثالث، أن يبيعه نخلاً قد أطلعت ولم تؤبر، أو شجراً فيه ثمرة لم تظهر، فهذه تدخل في مطلق البيع. فإن أفلس بعد تلف الثمرة أو بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح، فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة؛ لأن المبيع كان بمنزلة العين الواحدة، ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع، بخلاف التي قبلها. الحال الرابع، باعه نخلاً حائلاً فأطلعت، أو شجراً فأثمر، فذلك على أربعة أضرب؛ أحدها، أن يفلس قبل تأبيرها، فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع. وهو اختيار الخرقي، كالسمن. ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع؛ لأنه يمكن فصله، ويصح إفراده بالبيع، فهو كالمؤبر، بخلاف السمن. وهذا قول ابن حامد. وعلى رواية الميموني، لا يمنع، بل يرجع، ويكون الطلع للبائع، كما لو [١٠٩/٤] فسخ بعيب^(١). وهو أحد قولي الشافعي. والقول الثاني، يرجع في الأصل دون الطلع، وكذلك عندهم الرد بالعيب، والأخذ بالشفعة. الضرب الثاني، أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة، فلا يمنع الرجوع، والطلع للمشتري، إلا على قول أبي بكر.

والصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ لَا تَتَّبِعُ فِي الْبَيْعِ الَّذِي يَثْبُتُ بِتَرَاضِيهِمَا ،
فَفِي الْفَسْخِ الْحَاصِلِ بغيرِ رِضا الْمُشْتَرَى أَوْلَى . وَلَوْ بَاعَهُ أَرْضًا فَارِغَةً ،
فَزَرَعَهَا الْمُشْتَرَى ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِي الْأَرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجَهًا
وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرَى . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، أَفْلَسَ وَالطَّلَعُ غَيْرُ
مُؤَبَّرٍ ، فَلَمْ يَرْجِعْ حَتَّى أُبْرَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ بَعْدَ
التَّأْيِيرِ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَا تَنْتَقِلُ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ ، وَهَذَا لَمْ يَخْتَرْهَا إِلَّا بَعْدَ تَأْيِيرِهَا .
فَإِنْ ادَّعَى الْبَائِعُ الرَّجُوعَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَانْكَرَ الْمُفْلِسُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُفْلِسِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مِلْكِهِ . وَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : بَعْتُ بَعْدَ
التَّأْيِيرِ . وَقَالَ الْمُفْلِسُ : بَلْ قَبْلَهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ؛ لِهَذِهِ الْعِلَّةِ . فَإِنْ
شَهِدَ الْغَرَمَاءُ لِلْمُفْلِسِ ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ يَجْرُونَ إِلَى أَنْفُسِهِمْ
نَفْعًا . وَإِنْ شَهِدُوا لِلْبَائِعِ وَهُمْ عُدُولٌ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمَةِ فِي
حَقِّهِمْ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، أَفْلَسَ بَعْدَ أَخْذِ الثَّمَرَةِ^(١) أَوْ ذَهَابِهَا بِجَائِحَةٍ أَوْ
غَيْرِهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي الْأَصْلِ ، وَالثَّمَرَةُ لِلْمُشْتَرَى ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي
بَكْرٍ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ لَا يَتَّبِعُ الثَّمَرُ الشَّجَرَ إِذَا رَجَعَ الْبَائِعُ فِيهِ ، فَلَيْسَ لَهُ
مُطَالَبَةُ الْمُفْلِسِ بِقَطْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ أَوَانِ الْجِذَاذِ . وَكَذَلِكَ إِذَا رَجَعَ فِي
الْأَرْضِ وَفِيهَا زَرْعٌ لِلْمُفْلِسِ ، فَلَيْسَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِأَخْذِهِ قَبْلَ أَوَانِ الْحَصَادِ ؛
لِأَنَّ الْمُشْتَرَى زَرَعَ فِي أَرْضِهِ بِحَقٍّ ، وَطَلَعَهُ عَلَى الشَّجَرِ بِحَقٍّ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ
أَخْذُهُ قَبْلَ كَالِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ الْأَصْلَ وَعَلَيْهِ الثَّمَرَةُ ، أَوْ الْأَرْضَ وَفِيهَا زَرْعٌ .

وليس على صاحب الزرع أجرٌ ؛ لأنه زرع في أرضه زرعاً يجبُ تَبْقِيَّتُهُ ، فكأنه استوفى منفعة الأرض ، فلم يكن عليه ضمان ذلك . إذا ثبت هذا ، فإن اتفق المِفْلِسُ والغرماء على التَّبْقِيَةِ أو القَطْعِ ، فلهم ذلك ، وإن اختلفوا ، فطلب بعضهم القَطْعَ وبعضهم التَّبْقِيَةَ ، وكان مما لا قيمة له مقطوعاً ، أو قيمته يسيرة ، لم يُقَطَّعْ ؛ لأن قطعه سفة وإضاعة مالٍ ، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته . وإن كانت قيمته كثيرة ، قدم قول من طلب القَطْعَ ، في أحد الوجهين ؛ لأن في تَبْقِيَّتِهِ غرراً ، ولأن طالب القَطْعِ إن كان المِفْلِسَ ، فهو يقصدُ تبرئة ذمته ، وإن كان الغرماء ، [١٠٩/٤ ط] فهم يطلبون تعجيل حقوقهم ، وذلك حق لهم . وهذا قول القاضي ، وأكثر الشافعية . الثاني ، ينظر ما فيه الحظ فيعمل به ؛ لأن ذلك أنفع للجميع ، والظاهر سلامته ، ولهذا يجوز أن يُزْرَعَ للموَلَّى عليه . وفيه وجه آخر ، أنه ^(١) إن كان الطالب القَطْعَ الغرماء ، وجب إجابتهم ؛ لأن حقوقهم حالة ، فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان إيفائها ، وإن كان الطالب المِفْلِسَ دونهم ، وكان التأخير أخط ، لم يُقَطَّعْ ^(٢) ؛ لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمِفْلِسِ ، والمِفْلِسُ يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع الغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير ، فلا يلزم الغرماء إجابته إلى ذلك .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : يقع .

فصل : فَإِنْ أَقْرَّ الْغُرْمَاءُ بِالطَّلَعِ أَوْ الزَّرْعِ لِلْبَائِعِ ، وَلَمْ يَشْهَدُوا بِهِ ، أَوْ شَهِدُوا بِهِ وَلَيْسُوا عُدُولًا ، أَوْ لَمْ يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمْ ، حَلَفَ الْمُفْلِسُ ، وَثَبَتَ الطَّلَعُ لَهُ ، يَنْفَرِدُ بِهِ دُونَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ يُقَرِّونَ أَنَّهُمْ^(١) لَا حَقَّ لَهُمْ فِيهِ . فَإِنْ أَرَادَ دَفْعَهُ إِلَى أَحَدِهِمْ ، أَوْ تَخْصِيصَهُ بِثَمَنِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِإِقْرَارِ بَاقِيهِمْ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُمْ فِيهِ . فَإِنْ امْتَنَعَ ذَلِكَ الْغَرِيمُ مِنْ قَبُولِهِ ، أُجْبِرَ عَلَيْهِ ، أَوْ عَلَى الْإِبْرَاءِ مِنْ قَدْرِهِ مِنْ دَيْنِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مُحْكُومٌ بِهِ لِلْمُفْلِسِ ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَهُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ نُجُومَ كِتَابَتِهِ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَقَالَ سَيِّدُهُ : هِيَ حَرَامٌ . وَأَنْكَرَ الْمُكَاتَبُ . وَإِنْ أَرَادَ قَسَمَهُ عَلَى الْغُرْمَاءِ ، لَزِمَهُمْ قَبُولُهُ أَوْ الْإِبْرَاءُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ قَبَضُوا الثَّمَرَةَ بَعَيْنِهَا ، لَزِمَهُمْ رَدُّهَا إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُمْ مُقَرَّرُونَ لَهَا ، فَلَزِمَهُمْ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأُوا بِعْتَقِ عَبْدٍ ، ثُمَّ اشْتَرَوْهُ . فَإِنْ بَاعَ الثَّمَرَةَ ، وَقَسَمَ ثَمَنَهَا فِيهِمْ ، أَوْ دَفَعَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّهَا أَخَذَ مِنْ ثَمَنِهَا ؛ لِأَنَّهُمْ اعْتَرَفُوا بِالْعَيْنِ ، لَا بِثَمَنِهَا . وَإِنْ شَهِدَ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، أَوْ أَقْرَّ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، لَزِمَ الشَّاهِدَ أَوْ الْمُقَرَّرَ الْحُكْمَ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ دُونَ غَيْرِهِ . وَإِنْ عَرَضَ عَلَيْهِ الْمُفْلِسُ الثَّمَرَةَ بَعَيْنِهَا ، فَأَبَوْا أَخَذَهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُمْ^(٢) ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا يَلْزَمُهُمُ الْاسْتِيفَاءُ مِنْ جِنْسِ دِيُونِهِمْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَرِ أَوْ الزَّرْعِ ،^(٣) كَالْمُقْرِضِ وَالْمُسْلِمِ^(٤) ، فَيَلْزَمُهُ أَخْذُ مَا عُرِضَ عَلَيْهِ

(١) فِي ر ، ق ، م : « لِأَنَّهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « يَلْزَمُهُ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « كَالْمُقْرِضِ وَالْمُسْلِمِ فِيهِ » .

إذا كان بصفة حقه . ولو أقرَّ الغرماء بأنَّ المُفلسَ أعتقَ عبداً له قبلَ فِلسِهِ ، فإنَّكَرَ ذلك ، لم يُقبَلْ قَوْلُهُمْ ، إلَّا أنْ يَشْهَدَ مِنْهُمْ عَدْلَانِ بِاعْتِقَاقِهِ ، ويكونُ حُكْمُهُمْ فِي قَبْضِ الْعَبْدِ وَأَخْذِ ثَمَنِهِ - إنْ عَرَضَهُ عَلَيْهِمْ - لِحُكْمِ مَا لَوْ أَقَرُّوا بِالثَّمَرَةِ لِلْبَائِعِ . وكذلك إنْ أَقَرُّوا بِعَيْنٍ مِمَّا فِي يَدَيْهِ أَنَّهَا غَضَبٌ أَوْ عَارِيَّةٌ أَوْ [١٠/٤] نحو ذلك ، فالْحُكْمُ كما ذَكَرْنَا سَوَاءً . وإنْ أَقَرُّوا بِأنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ بَعْدَ فِلسِهِ ، انْبَنَى ذَلِكَ عَلَى صِحَّةِ عِتْقِ الْمُفْلِسِ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ عِتْقُهُ . فلا أَثَرَ لِإِقْرَارِهِمْ . وإنْ قُلْنَا بِصِحَّتِهِ ، فهو كإِقْرَارِهِمْ بِعِتْقِهِ قَبْلَ فِلسِهِ ، فَإِنْ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِصِحَّتِهِ أَوْ بفسَادِهِ ، نَفَذَ حُكْمَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ ، فَلَزِمَ مَا حَكَمَ بِهِ الْحَاكِمُ ، وَلَا يَجُوزُ نَقْضُهُ وَلَا تَغْيِيرُهُ .

فصل : فَإِنْ صَدَّقَ الْمُفْلِسُ الْبَائِعَ فِي الرَّجُوعِ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَكَذَّبَهُ الْغُرَمَاءُ ، لم يُقبَلْ إقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ تَعَلَّقَتْ بِالثَّمَرَةِ ظَاهِرًا ، فلم يُقبَلْ إقْرَارُهُ ، كما لو أقرَّ بالنَّخِيلِ ، وعلى الْغُرَمَاءِ الْيَمِينَ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّ الْبَائِعَ رَجَعَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْيَمِينَ لَا يَنْوِبُونَ فِيهَا عَنِ الْمُفْلِسِ ، بل هِيَ ثَابِتَةٌ فِي حَقِّهِمْ ابْتِدَاءً ، بِخِلَافِ مَا لَوْ ادَّعَى حَقًّا وَأَقَامَ شَاهِدًا فلم يَحْلِفْ ، لم يَكُنْ لِلْغُرَمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا مَعَ الشَّاهِدِ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُفْلِسِ ، فلو حَلَفُوا ، حَلَفُوا لِيُثْبِتُوا حَقًّا لغيرِهِمْ ، وَلَا يَحْلِفُ الْإِنْسَانُ لِيُثْبِتَ لغيرِهِ حَقًّا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ نَائِبًا^(١) فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْإِيمَانَ لَا تَدْخُلُهَا النَّيَابَةُ ، وَفِي

مَسْأَلَتِنَا الْأَصْلُ أَنَّ هَذَا الطَّلَعَ قَدْ تَعَلَّقَتْ حُقُوقُهُمْ بِهِ ؛ لَكَوْنِهِ فِي يَدِ غَرِيمِهِمْ ^(١) ، وَمُتَّصِلًا بِنَحْلِهِ ، وَالْبَائِعُ يَدَّعِي مَا يُزِيلُ حُقُوقَهُمْ عَنْهُ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ أَغْيَانِ مَالِهِ ، وَيَحْلِفُونَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ عَلَى فِعْلٍ غَيْرِهِمْ ، فَكَانَتْ عَلَى نَفْيِ ^(٢) الْعِلْمِ ، كَيَمِينِ الْوَارِثِ عَلَى نَفْيِ الدِّينِ عَلَى الْمَيِّتِ . وَلَوْ أَقَرَّ الْمُفْلِسُ بَعَيْنٍ مِنْ أَغْيَانِ مَالِهِ لِأَجْنَبِيٍّ أَوْ لِبَعْضِ الْغُرَمَاءِ ، فَأَنْكَرَ الْبَاقُونَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ ، وَعَلَيْهِمُ الْيَمِينُ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ذَلِكَ . وَمِثْلُهُ لَوْ أَقَرَّ بَعْرِيمٍ آخَرَ يَسْتَحِقُّ مُشَارَكَتَهُمْ فَأَنْكَرُوهُ ، حَلَفُوا أَيْضًا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ أَقَرَّ بَعْتَقَ عَبْدَهُ ، أَنْبَنَى عَلَى صِحَّةِ عِتْقِ الْمُفْلِسِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ عِتْقُهُ . صَحَّ إِقْرَارُهُ ، وَعِتْقٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ الْإِقْرَارَ بِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ عِتْقُهُ . لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ، وَعَلَى الْغُرَمَاءِ الْيَمِينُ أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ذَلِكَ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : عَلَى الْغُرَمَاءِ الْيَمِينُ . فَهِيَ عَلَى جَمِيعِهِمْ ، فَإِنْ حَلَفُوا ، وَإِلَّا قُضِيَ لِلْمُدَّعِي ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ بَرْدُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي ، فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ . وَإِنْ حَلَفَ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، أَخَذَ الْحَالِفُ نَصِيبَهُ ، وَحُكْمُ النَّاكِلِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ الْمُفْلِسُ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ مِنْذُ سَنَةٍ ، وَكَانَ الْعَبْدُ قَدْ اكْتَسَبَ بَعْدَ ذَلِكَ مَالًا وَأَنْكَرَ الْغُرَمَاءُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . حَلَفُوا ، وَاسْتَحَقُّوا الْعَبْدَ وَكَسَبَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . لَمْ يُقْبَلْ [٤ / ١١٠ ط] فِي

(١) فِي الْأَصْلِ ، ر ١ : « غَرِيمِهِمْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَأِنْ غَرَسَ الْأَرْضَ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ وَدَفْعُ قِيَمَةِ الْغِرَاسِ ^{المنع} وَالْبِنَاءِ ، فَيَمْلِكُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغَرْمَاءُ [١١٧] الْقَلْعَ وَمُشَارَكَتَهُ بِالنَّقْصِ .

الشرح الكبير

كَسْبِهِ ، وَكَانَ لِلْغَرْمَاءِ أَنْ يَخْلِفُوا أَنَّهُمْ لَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْكَسْبِ ، وَيَأْخُذُونَ كَسْبَهُ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ إِنَّمَا قِيلَ فِي الْعَتَقِ دُونَ غَيْرِهِ لِصِحَّتِهِ مِنْهُ ؛ لَكَوْنِهِ يَنْبَنِي عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، فَلَا يُقْبَلُ فِي الْمَالِ ؛ لَعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ ، وَلَأَنَّا نَزَّلْنَا إِقْرَارَهُ مَنْزِلَةَ إِعْتَاقِهِ فِي الْحَالِ ، فَلَمْ تَثْبُتْ لَهُ ^(١) الْحُرِّيَّةُ فِيمَا مَضَى ، فَيَكُونُ كَسْبُهُ مَحْكُومًا بِهِ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِعَتَقِهِ ، ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بَعَيْنٍ فِي يَدِهِ .

١٩١٨ - مسألة : (وَأِنْ غَرَسَ الْأَرْضَ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ وَدَفْعُ قِيَمَةِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، فَيَمْلِكُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغَرْمَاءُ الْقَلْعَ وَمُشَارَكَتَهُ بِالنَّقْصِ) إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ أَرْضًا ، فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي أَوْ غَرَسَهَا ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَأَرَادَ الْبَائِعُ الرَّجُوعَ فِي الْأَرْضِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ اتَّفَقَ الْمُفْلِسُ

قوله : فَإِنْ غَرَسَ الْأَرْضَ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ وَدَفْعُ قِيَمَةِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، فَيَمْلِكُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغَرْمَاءُ الْقَلْعَ وَمُشَارَكَتَهُ بِالنَّقْصِ . إِذَا اتَّفَقَا عَلَى قَلْعِ الْغَرَسِ وَالْبِنَاءِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، فَإِذَا فَعَلُوهُ ، فَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِي أَرْضِهِ ، فَإِنْ أَرَادَ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْقَلْعِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ قَلْعِ غَرَسِ وَبِنَائِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ،

(١) في م : (١١٧) .

والغرماء على قلع الغراس والبناء ، فلهم ذلك ؛ لأن الحق لهم لا يخرج عنه ، فإذا قلعه ، فللبائع الرجوع في أرضه ؛ لأنه وجد عين ماله . فإن أراد الرجوع قبل القلع ، فله ذلك . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه أدرك متاعه بعينه ، وفيه مال المشتري على وجه البيع ، فلم يمنع الرجوع ، كما لو صبغ الثوب . ويحتمل أن لا يستحقه إلا بعد القلع ؛ لأنه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشتري ، فأشبه ما لو كان مسامير في باب المشتري . فإن قلنا : له الرجوع قبل القلع . فقلعه ^(١) ، لزمهم تسوية الأرض ، وأرض نقص الأرض الحاصل به ؛ لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس ، فكان عليه ، كما لو دخل فصيل دار إنسان ، فكبر ، فأراد صاحبه إخراجه ، فلم يمكن إلا بهدم بابها ، فإن الباب يهدم ليخرج ، ويضمن صاحبه ما نقص ، بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها ، فإنه لا يرجع في النقص ، فإن النقص كان في ملك المفلس ، وههنا حدث بعد رجوعه في العين ، فلهذا ضمنوه ، ويضرب بالنقص مع الغرماء . وإن قلنا : ليس له الرجوع قبل القلع . لم يلزمهم تسوية الحفر ، ولا أرض النقص ؛ لأنهم فعلوا ذلك في أرض

و « الشرح » . وهو ظاهر ما جزم به كثير من الأصحاب . ويحتمل أن لا يستحقه إلا بعد القلع . فعلى المذهب ، يلزمهم تسوية الأرض ، وأرض نقصها الحاصل

(١) في ق : « قطعه » .

الشرح الكبير

المُفْلِسُ قَبْلَ رُجُوعِ الْبَائِعِ فِيهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْوا النِّقْصَ ، كَمَا لَوْ قَلَعَهُ الْمُفْلِسُ قَبْلَ فَلْسِهِ . فَإِنْ اِمْتَنَعَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ مِنَ الْقَلْعِ ، لَمْ يُجْبَرُوا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَسَ بِحَقٍّ ، وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ^(١) . أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ ظَالِمًا فَلَهُ حَقٌّ . فَإِنْ بَذَلَ الْبَائِعُ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ لِمَلِكِهِ ، أَوْ قَالَ : أَنَا أَقْلَعُ وَأَضْمَنْ النِّقْصَ . فَلَهُ ذَلِكَ إِنْ قُلْنَا : لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْقَلْعِ . لِأَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغِرَاسَ حَصَلَ فِي مِلْكِهِ لغيرِهِ بِحَقٍّ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ أَوْ قَلْعُهُ وَ^(٢) ضَمَانُ نَقْصِهِ ، كَالشَّفِيعِ إِذَا أَخَذَ الْأَرْضَ وَفِيهَا غِرَاسٌ أَوْ بِنَاءٌ لِلْمُشْتَرِي ، وَالْمُعِيرِ إِذَا رَجَعَ فِي أَرْضِهِ بَعْدَ غَرَسِ الْمُسْتَعِيرِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْقَلْعِ . [١١١/٤] لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ بِنَاءُ الْمُفْلِسِ وَغَرَسُهُ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى بَيْعِهِ لِهَذَا الْبَائِعِ ، وَلَا عَلَى قَلْعِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْأَرْضِ .

الإنصاف

بِهِ ، وَيَضْرِبُ بِالنِّقْصِ مَعَ الْغُرَمَاءِ . وَعَلَى الثَّانِي ، لَا يَلْزَمُهُمْ ذَلِكَ . فَلَوْ اِمْتَنَعَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ مِنَ الْقَلْعِ ، لَمْ يُجْبَرُوا عَلَيْهِ . وَإِنْ أَبَى الْمُفْلِسُ الْقَلْعَ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لِلْبَائِعِ أَخْذَهُ وَقَلْعَهُ وَضَمَانُ نَقْصِهِ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ بَذَلَ الْبَائِعُ قِيَمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ لِمَلِكِهِ ، أَوْ قَالَ : أَنَا أَقْلَعُ ، وَأَضْمَنْ النِّقْصَ . فَلَهُ ذَلِكَ . وَعَلَى الثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ .

(١) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب من أحيأ أرضا مواتا من كتاب الحرث : صحيح البخاري ١٤٠/٣ . وأبو داود ، في : باب في إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبي داود ١٥٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٦/٦ . والإمام مالك ، في : باب العمل في عمارة الموات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٧/٥ .
(٢) في الأصل : « أو » .

المقنع وَإِنْ أَبُوا الْقَلْعَ ، وَأَبَى دَفْعَ الْقِيَمَةِ ، سَقَطَ الرُّجُوعُ .

الشرح الكبير

١٩١٩ - مسألة : (فَإِنْ أَبُوا الْقَلْعَ ، وَأَبَى دَفْعَ الْقِيَمَةِ ، سَقَطَ الرُّجُوعُ) وهذا قول ابن حامدٍ ، وأخذ الوجهين لأصحاب الشافعي . وقال القاضي : يَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ . وهو قول للشافعي ؛ لَأَنَّهُ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بَعَيْنَهُ مُتَّصِلًا بِمِلْكِ الْمُشْتَرَى عَلَى وَجْهِ الْبَيْعِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الرُّجُوعَ ، كَالثُّوبِ إِذَا صَبَّغَهُ الْمُشْتَرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يُدْرِكْ مَتَاعَهُ عَلَى وَجْهِ يُمْكِنُهُ أَخْذُهُ مُنْفَرِدًا عَنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ ، كَالْحَجَرِ فِي الْبِنَاءِ ، وَالْمَسَامِيرِ فِي الْبَابِ ، وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا عَلَى الْمُشْتَرَى وَالْعَرْمَاءِ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِالرُّجُوعِ هَهُنَا انْقِطَاعُ النَّزَاعِ وَالْخُصُومَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجَدَهَا غَيْرَ مَشْغُولَةٍ بِشَيْءٍ . وَأَمَّا الثُّوبُ إِذَا صَبَّغَهُ ، فَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الصَّبْغَ تَفَرَّقَ فِي الثُّوبِ ، فَصَارَ كَالصِّفَةِ ، بِخِلَافِ ^(١) الْبِنَاءِ وَالْعَرَسِ ، فَإِنَّهَا أَعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ وَأَصْلٌ فِي نَفْسِهِ . الثَّانِي ، أَنَّ الثُّوبَ لَا يُرَادُّ لِلْبَقَاءِ ،

الإنصاف

قوله : فَإِنْ أَبُوا الْقَلْعَ ، وَأَبَى دَفْعَ الْقِيَمَةِ ، سَقَطَ الرُّجُوعُ . وهو المذهب . اختاره ابن حامدٍ . ونصره الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وقدمه في « الفروع » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » . وصححه في « النَّظْمِ » . وقال القاضي : لَهُ الرُّجُوعُ فِي الْأَرْضِ ، وَيَكُونُ مَا فِيهَا لِلْمُفْلِسِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » . فعلى المذهب ، لَا تَفْرِيعَ . وعلى الثَّانِي ، إِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْبَيْعِ بَعَا لهُمَا ، وَإِنْ أَبَى أَحَدُهُمَا ،

(١) بعده في الأصل : « الأرض و » .

بِخِلَافِ الْأَرْضِ وَالْبِنَاءِ . فَإِذَا قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ . فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ . فَرَجَعَ ، وَاتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى بَيْعِهِمَا ، بَيْعًا لِهَـمَا ، « وَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ حَقِّهِ . وَإِنْ امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْبَيْعِ ، احْتَمَلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ ، كَالثُّوبِ إِذَا صَبَغَهُ الْمُشْتَرَى ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ لِهَـمَا » ، كَذَا هُـنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ طَالِبَ الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ مِلْكَهُ مُنْفَرِدًا ، بِخِلَافِ الثُّوبِ الْمَصْبُوغِ . فَإِنْ بَيْعَا لِهَـمَا ، قُسِمَ الثَّمَنُ عَلَى قَدْرِ الْقِيَمَتَيْنِ ، فَتَقَوُّمُ الْأَرْضِ لَا شَجَرَ فِيهَا وَلَا بِنَاءً ، ثُمَّ تَقَوُّمُ وَهْمَا فِيهَا ، فَمَا كَانَ قِيَمَةَ الْأَرْضِ بِغَيْرِ غِرَاسٍ وَلَا بِنَاءٍ فَلِلْبَائِعِ قِسْطُهُ مِنَ الثَّمَنِ ، وَالزَّائِدُ لِلْمُفْلِسِ وَالْغَرَمَاءِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُجْبَرُ عَلَى الْبَيْعِ . أَوْ لَمْ يَطْلُبْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى كَيْفِيَّةٍ كَوْنَهُمَا بَيْنَهُمَا ، جَازَ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا ، كَانَتِ الْأَرْضُ لِلْبَائِعِ ، وَالْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ وَالْغَرَمَاءِ ، وَلَهُمْ دُخُولُ الْأَرْضِ لِسَقْيِ الشَّجَرِ ، وَأَخْذِ الثَّمَرَةِ ، وَلَيْسَ لَهُمْ دُخُولُهَا لِلتَّفَرُّجِ أَوْ لغيرِ حَاجَةٍ ، وَلِلْبَائِعِ دُخُولُهَا لِلزَّرْعِ وَلِمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ مِلْكُهُ . فَإِنْ بَاعُوا الشَّجَرَ وَالْبِنَاءَ لِإِنْسَانٍ ، فَحُكْمُهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُهُمْ . فَإِنْ بَذَلَ الْمُفْلِسُ وَالْغَرَمَاءُ أَوْ الْمُشْتَرَى لِلْبَائِعِ قِيَمَةَ الْأَرْضِ لِيَدْعَهَا لَهُمْ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ أَصْلُ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهَا ، بِخِلَافِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ .

فَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : يَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ ، فَبِإِذَا الْجَمِيعُ . وَاحْتَمَلَ لَا ، فَبِإِذَا الْإِنْصَافِ الْمُفْلِسُ غِرَاسَهُ وَبِنَاءَهُ مُفَرَّدًا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهَلْ يُبَاعُ الْغَرَسُ مُفَرَّدًا ، أَوْ

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى غِرَاسًا فَعَرَسَهُ فِي أَرْضِهِ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَزِدِ الْغِرَاسُ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ . فَإِذَا [١١١/٤] أَخَذَهُ ، فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، وَأَرْضُ نَقْصِهَا الْحَاصِلُ بِقَلْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَصَلَ لِتَخْلِيصِ مِلْكِهِ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ بَذَلَ الْمُفْلِسُ وَالْغَرْمَاءُ قِيَمَتَهُ لَهُ لِيَمْلِكُوهُ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا اخْتَارَ أَخَذَ مَالَهُ وَتَفَرَّغَ مِلْكُهُمْ وَإِزَالَةَ ضَرَرِهِ عَنْهُمْ ، لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَنَعُهُ ، كَالْمُشْتَرَى إِذَا غَرَسَ فِي الْأَرْضِ الْمَشْفُوعَةِ . وَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ الْقَلْعِ ، فَبَذَلُوا لَهُ الْقِيَمَةَ لِيَمْلِكَهُ الْمُفْلِسُ ، أَوْ أَرَادُوا قَلْعَهُ وَضَمَانَ النِّقْصِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَرَادُوا قَلْعَهُ مِنْ غَيْرِ ضَمَانِ النِّقْصِ ؛ لِأَنَّ الْمُفْلِسَ إِنَّمَا ابْتِاعَهُ مَقْلُوعًا ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِبْقَاؤُهُ فِي أَرْضِهِ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُمْ قَلْعُهُ مِنْ غَيْرِ ضَمَانِ النِّقْصِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَسَ بِحَقِّ ،

الْجَمِيعُ ، وَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى الْقِيَمَةِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُبَاغِ الْجَمِيعُ . قَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يُبَاغِ الْغَرَسُ وَالْبِنَاءُ مُفْرَدًا . قَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

فوائد : إِحْدَاهَا ، قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ شَجَرًا أَوْ نَخْلًا ، فَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَفْلَسَ وَهِيَ بِحَالِهَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ . الثَّانِي ، كَانَ فِيهَا وَقْتُ الْبَيْعِ تَمَرًا ظَاهِرًا ، أَوْ طَلْعَ مُؤَبَّرٍ ، وَاشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرَى فَأَكَلَهُ ، أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ ، أَوْ تَلَفَ بِجَائِحَةٍ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَهَذَا فِي حُكْمِ مَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنَيْنِ ، وَتَلَفَ أَحَدَهُمَا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . الثَّالِثُ ، أُطْلِعَ وَلَمْ يُؤَبَّرْ ، أَوْ كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ لَمْ يَظْهَرْ وَقْتُ الْبَيْعِ ، فَيَدْخُلُ

فَأُشْبِهَ غَرَسَ الْمُفْلِسِ فِي الْأَرْضِ الَّتِي ابْتَاعَهَا إِذَا رَجَعَ بِائِعُهَا فِيهَا . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ ، فَإِنَّ إِبْقَاءَ الْغِرَاسِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ حَقٌّ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ بِفِعْلِهِ ^(١) ، وَفِي الَّتِي قَبْلَهَا إِبْقَاؤُهُ حَقٌّ لَهُ ، فَوَجَبَ لَهُ بِغِرَاسِهِ فِي مِلْكِهِ . فَإِنَّ اخْتَارَ بَعْضُهُم الْقَلْعَ وَبَعْضُهُم التَّبْقِيَةَ ، قُدِّمَ قَوْلُ مَنْ طَلَبَ الْقَلْعَ ، سَوَاءً كَانَ الْمُفْلِسُ أَوْ الْغَرَمَاءُ أَوْ بَعْضُ الْغَرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ الْإِبْقَاءَ ضَرَرٌ غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَمْ يَلْزِمِ الْمُتَمَنِّعُ مِنْهُ ^(٢) الْإِجَابَةُ إِلَيْهِ . وَإِنْ زَادَ الْغِرَاسُ فِي الْأَرْضِ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ تَمْنَعُ الرَّجُوعَ ، إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ .

فِي الْبَيْعِ ؛ فَلَوْ أَفْلَسَ بَعْدَ تَلَفِهِ أَوْ بَعْضِهِ ، أَوْ زَادَ ، أَوْ بَدَأَ صِلَاحَهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ تَلَفٍ بَعْضِ الْمَبِيعِ . وَزِيَادَتُهُ الْمُتَّصِلَةِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» : فَهُوَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فِي الْأَصَحِّ . الرَّابِعُ ، بَاْعُهُ نَخْلًا حَائِلًا ، فَأُطْلِعَتْ ، أَوْ شَجَرًا ، فَأَثْمَرَتْ ، فَهُوَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ ؛ الْأَوَّلُ ، أَفْلَسَ قَبْلَ تَأْيِيرِهَا ، فَالطَّلَعُ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . الثَّانِي ، أَفْلَسَ بَعْدَ التَّأْيِيرِ وَظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ ، وَالطَّلَعُ لِلْمُشْتَرِي . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، خِلَافًا لِأَبِي بَكْرٍ . وَلَوْ بَاْعَهُ أَرْضًا فَارِغَةً ، فَزَرَعَهَا الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، رَجَعَ فِي الْأَرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

الثَّلَاثُ ، أَفْلَسَ ، وَالطَّلَعُ غَيْرُ مُؤَبَّرٍ ، فَلَمْ يَرْجَعْ حَتَّى أُبَيَّرَ ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ بَعْدَ التَّأْيِيرِ . فَلَوْ ادَّعَى الرَّجُوعَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَأَنْكَرَ الْمُفْلِسُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : بَعْتُ بَعْدَ التَّأْيِيرِ . وَقَالَ الْمُفْلِسُ : بَلْ قَبْلَهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ . الرَّابِعُ ، أَفْلَسَ بَعْدَ أَخْذِ الثَّمَرَةِ ، أَوْ ذَهَابِهَا بِجَائِحَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، فَلَهُ الرَّجُوعُ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ق : « قَلْعُهُ » .

(٢) ق : م : « مِنْ » .

فصل : وإن اشترى أرضاً من رجلٍ وغراساً من آخرٍ ، فغرسه فيها ، ثم أفلس ، ولم يزد الشجر ، فلكل واحدٍ منهما الرجوع في عين ماله ، ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان النقص بالقلع ، كما ذكرنا ؛ لأن البائع إنما باعه مقلوعاً ، فلا يستحقه إلا كذلك . وإن أراد بائعه قلعه من الأرض ، فقلعه ، فعليه تسوية الأرض^(١) ، وضمان نقصها الحاصل به ؛ لما تقدم . فإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبها ليملكها^(٢) ، لم يجبر على ذلك ؛ لأن الأرض أصل ، فلا يجبر على بيعها تبعاً . وإن بذل صاحب الأرض قيمة الغراس لصاحبها ليملكه إذا امتنع من القلع ، فله ذلك ؛ لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق ، فأشبهه غرس المفلس في أرض البائع . ويحتمل أن لا يملك ذلك ؛ لأنه لا يجبر على إبقائه إذا امتنع من دفع قيمته أو أرض نقصه ، فلا يكون له أن يملكه بالقيمة ، بخلاف التي قبلها . والأول أولى ، وهذا مقتضى غرس الغاصب .

في الأصل ، والثمرة للمشتري ، إلا على قول أبي بكر . الثانية ، كل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع ، فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أو ان الجداد . وكذا إذا رجع في الأرض وفيها رزغ للمفلس ، وليس على صاحب الزرع أجره . فإذا ثبت هذا ، فإن اتفق المفلس والغرماء على التيقية أو القطع ، فلهم

(١) في الأصل : « الحفر » .

(٢) في المتن ٥٦٠/٦ : « يملكه » .

فصل : فإن كان المبيع صيداً ، فأفلس المشتري ، والبائع مُحَرَّمٌ ، لم يرجع فيه ؛ لأنه تملك للصيّد ، فلم يَجُزْ في الإحرام ، كشرائه . وإن كان البائع حلالاً في الحرم ، والصيّد في الحِلِّ ، فأفلس المشتري ، فللبائع الرجوع فيه ؛ لأنّ الحرم إنما يحرم الصيد الذي فيه ، وهذا ليس من صيده ، فلا يحرمه . ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيدٌ ، بائعه^(١) حلالٌ ، فله أخذه ؛ لأنّ المانع^(٢) غير موجود فيه [١١٢/٤] .

ذلك . وإن اختلفوا ، وكان ممّا لا قيمة له ، أو قيمته يسيرة ، لم يقطع . وإن كانت قيمته كثيرة ، قدّم قول من طلب القطع ، في أحد الوجوه . اختاره القاضي . وجزم به في « الرّعاية الكبرى » . والثاني ، يُنظر ما فيه الأخط ، فيعمل به . قلت : وهو الصواب . [١٣٨/٢] والثالث ، إن طلب الغرماء القطع ، وجب ، وإن كان المفلس - فكان التأخير أخطّ له - لم يقطع . الثالثة ، إذا كملت الشروط : فله أخذه من غير حكم حاكم . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ؛ لتعنيها كوديعة ، وسواء زادت قيمتها أو نقصت ، ولو بذل الغرماء ثمنها كله ، وهو يساوي المبيع أو دونه أو فوقه . وقيل : لا يأخذها إلا بحكم حاكم ؛ بناءً على تسوية^(٣) الاجتهاد . الرابعة ، لو حكم حاكم بكونه أسوة الغرماء ، نقض حكمه . على الصحيح من المذهب ، نص عليه ، وعليه الأصحاب . وفيه احتمال : لا ينقض . الخامسة ، يكون الاسترجاع في السلعة بالقول^(٤) ، فلو أقدم على

(١) في الأصل : « باعه » .

(٢) في ق : « البائع » .

(٣) في الأصل ، ط : « تسوية » .

(٤) في الأصل ، ط : « كالقول » .

فصل : إذا أفلس وفي يده عينٌ دينٌ بائعها مؤجلٌ ، وقُلْنَا : لا يحلُّ الدينُ بالفلس . فقال أحمدُ ، في رواية الحسن بن ثواب : يكون موقوفًا إلى أن يحلَّ دينه ، فيختارُ البائعُ الفسخَ أو التَّركَ . وهو قولُ بعض أصحاب الشافعي . والمنصوصُ عن الشافعي ، أنه يُباعُ في الديونِ الحالة . ويتخرَّجُ لنا مثلُ ذلك ؛ لأنها حقوقٌ حالةٌ ، فقدِّمتُ على الدينِ المؤجلِ ، كدينٍ من لم يجدْ عينَ ماله . والقولُ الأوَّلُ أولى ؛ للخبرِ ، ولأنَّ حقَّ هذا البائعِ تعلَّقَ بالعينِ ، فقدِّمَ على غيره وإن كان مؤجلًا ، كالمرتهنِ والمجنى عليه .

التصرُّفُ فيها ابتداءً لم ينعقد ، ولم يكن استرجاعًا . وكذا الوطءُ . ذكره القاضي في « الخلاف » ؛ لتمام ملكِ المُفلسِ . وفي « المُجرَّد » ، و « الفصول » : يكونُ الوطءُ استرجاعًا ، وأنَّ فيه احتمالًا آخرَ بعده . قاله في « القاعدة الخامسة والخمسين » . السادسةُ ، يُستثنى من جوازِ الأخذِ ، بعدَ كمالِ الشروطِ ، مسألةٌ ، وهي ما إذا كان المبيعُ صيدًا ، والبائعُ مُحرمًا ، فإنه ليس له الرجوعُ فيه ؛ لأنه تملكَ الصيدُ ، فلم يَجْزُ . قاله المصنِّفُ ، والشارحُ ، وصاحبُ « الرِّعاية » ، وقطعوا به . قلتُ : فيعالي بها . ولعلَّهم أرادوا على القولِ بأنَّ الفسخَ^(١) على الفورِ في تلك الحالة^(٢) . وهو الظاهرُ ، وإلا فلا وجهَ له . السابعةُ ، الصحيحُ من المذهبِ ، أنْ أخذَ السلعةَ على التراخي ، كخيارِ العيبِ . قدِّمه في « الفروع » . وقيل : على الفورِ . قال في « الرِّعاية الكبرى » : أخذه على الفورِ في الأقيس . وصحَّحه النَّاظِمُ . ونصره القاضي وغيره . وأطلقهما في « المغنى » ،

(١ - ١) في الأصل ، ط : « في ملك الخيار » .

الشرح الكبير

فصل : قال أحمد ، في رجل ابتاع طعاماً نسيئةً ونظرَ إليه وقلبه ، وقال : أقبضه غداً . فمات البائع وعليه دين ، فالطعام للمشتري ، ويتبعه الغرماء بالثمن ، وإن كان رخيصاً . وكذلك قال الثوري ، وإسحاق ؛ لأن الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء ، وزال ملك البائع عنه ، فلم يُشاركه غرماء البائع^(١) فيه ، كما لو قبضه .

و « الشرح » ، و « الفائق » . قال المصنف ، والشارح : الوجهان هنا مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالعيب . الثامنة ، حيث أخذ البائع سلعته ، فرجوعه فسخ للعيب ، فلا يحتاج إلى معرفة المبيع ، ولا إلى القدرة على تسليمه . فلورجع في من أبق ، صح ، وصار له ، فإن قدر عليه ، أخذه ، وإن تلف ، فماله ، وإن تبين أنه كان تالفاً حين استرجاعه ، بطل رجوعه . وإن رجع في مبيع اشتبه بغيره ، قدم تعيين المفلس ؛ لإنكاره دعوى استحقاق البائع . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب « الفروع » ، وغيرهم . التاسعة ، متى قلنا : له الرجوع . فلو كان ثمن المبيع الموجود مؤجلاً على المفلس ، وقلنا : لا يحل بالفلس . فالصحيح من المذهب ، أنه يأخذ المبيع عند الأجل . نص عليه . وقدمه في « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفروع » ، و « المغني » ، و « الشرح » ، وقالوا : هو أولى . قال الزركشي : عليه الجمهور . وقيل : يأخذه في الحال . اختاره ابن أبي موسى . وقيل : يُباع . اختاره أبو بكر في « التبيين » ، وصاحب « التلخيص » . وقدمه الزركشي . وهو تخريج في « المغني » ، و « الشرح » . وقيل : إن لم تزد قيمته ، رجع فيه مجاناً . ذكره

(١) في ق : « الثاني » .

فصل : ورُجوعُ البائعِ فَنَسَخَ لِلْبَيْعِ ، لا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْمَبِيعِ ،
ولا الْقُدْرَةَ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فلو رَجَعَ فِي الْمَبِيعِ الْغَائِبِ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَغَيَّرُ
فِيهَا ، ثُمَّ وَجَدَهُ عَلَى حَالِهِ لَمْ يَتَلَفْ شَيْءٌ مِنْهُ ، صَحَّ رُجُوعُهُ . وَإِنْ رَجَعَ فِي
الْعَبْدِ بَعْدَ إِبَاقِهِ ، أَوْ الْجَمَلِ بَعْدَ شُرُودِهِ ، صَحَّ ، وَصَارَ ذَلِكَ لَهُ ، فَإِنْ
قَدَّرَ عَلَيْهِ أَخْذَهُ ، وَإِنْ ذَهَبَ كَانَ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَالِفًا حَالًا
اسْتِرْجَاعِهِ ، بَطَلَ الاسْتِرْجَاعُ ، وَلَهُ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْغَرَمَاءِ فِي الْمَوْجُودِ
مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ رَجَعَ فِي الْمَبِيعِ ، وَاشْتَبَهَ بغيرِهِ ، وَاخْتَلَفَا^(١) فِي عَيْنِهِ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُفْلِسِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لاسْتِحْقَاقِ مَا ادَّعَاهُ الْبَائِعُ ، وَالْأَصْلُ
مَعَهُ .

فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» . الْعَاشِرَةُ ، ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ هُنَا حُكْمَ السَّلْعَةِ الْمَبِيعَةِ إِذَا
وَجَدَهَا . وَكَذَا حُكْمَ الْقَرْضِ وَغَيْرِهِ إِذَا وَجَدَ عَيْنَهُ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ» : لَوْ كَانَ
دَيْنُهُ سَلَمًا ، فَأَذْرَكَ الثَّمَنَ بَعَيْنِهِ ، أَخْذَهُ . قَالَ فِي «التَّلْخِيصِ» : الرُّجُوعُ ثَابِتٌ
فِي كُلِّ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ مِنْ عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ الْمَحْضَةِ ؛ كَالِإِجَارَةِ
وَالسَّلَمِ وَالصُّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ . وَكَذَلِكَ الصَّدَاقُ ، كَأَنْ يَصْدُقَ امْرَأَةً عَيْنًا ،
وَتَحْصُلُ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا ، وَقَدْ أَفْلَسْتُ . وَكَذَا لَوْ وَجَدَ عَيْنًا مُؤَجَّرَةً لَمْ يَمْضِ
مِنْ الْمُدَّةِ شَيْءٌ ، فَلَوْ مَضَى بَعْضُ الْمُدَّةِ ، فَلَهُ أَسْوَةُ الْغَرَمَاءِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ
الْمَذْهَبِ . وَقَدْ مِمَّ فِي «الْفُرُوعِ» . وَقِيلَ : يَخْتَصُّ بِهَا . الْحَادِيثَةُ عَشْرٌ ، لَوْ كَانَ
لِلْمُفْلِسِ عَيْنٌ مُؤَجَّرَةٌ ، كَانَ الْمُسْتَأْجِرُ أَحَقَّ بِالْمَنَافِعِ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ ، فَإِنْ تَعَطَّلَتْ
فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، ضَرَبَ لَهُ بِمَا بَقِيَ مَعَ الْغَرَمَاءِ . قَالَه الْأَصْحَابُ .

(١) فِي ر ، ر ، ا ، ق ، م : « اختلفوا » .

فَصْلٌ : الْحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الْحَاكِمِ مَالَهُ وَقَسْمُ ثَمَنِهِ ، المقنع
وَيَنْبَغِي أَنْ يُخْضِرَهُ وَيُخْضِرَ الْغُرْمَاءَ ، وَيَبِيعَ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ،

فصل : قال ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى : (الْحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الْحَاكِمِ مَالَهُ الشرح الكبير
وَقَسْمُ ثَمَنِهِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُخْضِرَهُ وَيُخْضِرَ الْغُرْمَاءَ ، وَيَبِيعَ كُلَّ شَيْءٍ فِي
سُوقِهِ) إِذَا حُجِرَ عَلَى الْمُفْلِسِ بَاعَ الْحَاكِمُ مَالَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ
مُعَاذٍ ^(١) . وَلِأَنَّهُ مَقْصُودُ الْحَجَرِ . وَيُسْتَحَبُّ إِخْضَارُ الْمُفْلِسِ ؛ لِمَعَانِي
أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، إِخْصَاءُ ثَمَنِهِ وَضَبْطُهُ . الثَّانِي ، أَنَّهُ أَعْرَفُ بِثَمَنِ مَتَاعِهِ
وَجَيِّدُهُ وَرَدِيئُهُ ، فَإِذَا خَضَرَ تَكَلَّمَ عَلَيْهِ ، وَعَرَفَ الْغَبْنَ مِنْ غَيْرِهِ . الثَّالِثُ ،
أَنَّ الرُّغْبَةَ تَكْثُرُ فِيهِ ، فَإِنَّ شِرَاءَهُ مِنْ صَاحِبِهِ أَحَبُّ إِلَى الْمُشْتَرِينَ . الرَّابِعُ ،
أَنَّهُ أَطْيَبُ لِقَلْبِهِ . وَيُسْتَحَبُّ إِخْضَارُ الْغُرْمَاءِ ؛ لِأُمُورٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ
يُبَاغُ لَهُمْ . الثَّانِي ، أَنَّهُمْ رُبَّمَا رَغِبُوا فِي شَيْءٍ ^(٢) فزَادُوا فِي ثَمَنِهِ ، فَيَكُونُ

الإنصاف قوله : الْحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الْحَاكِمِ مَالَهُ - بِمَعْنَى ، إِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ
الدِّينِ - وَقَسْمُ ثَمَنِهِ . يَعْنِي ، يَجِبُ ذَلِكَ عَلَى الْحَاكِمِ ، وَيَكُونُ عَلَى الْفَوْرِ .
قوله : وَيَنْبَغِي أَنْ يُخْضِرَهُ وَيُخْضِرَ الْغُرْمَاءَ . بِمَعْنَى يُسْتَحَبُّ . ذَكَرَهُ
الْأَصْحَابُ .

قوله : وَيَبِيعَ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ . بِشَرْطِ أَنْ يَبِيعَهُ بِثَمَنِ مِثْلِهِ الْمُسْتَقَرُّ فِي وَقْتِهِ
أَوْ أَكْثَرَ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وَغَيْرُهُ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

أَصْلَحَ لَهُمَ وَلِلْمُفْلِسِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ أَطِيبُ لِقُلُوبِهِمْ ، وَأَبْعَدُ مِنْ^(١) التُّهْمَةِ . الرَّابِعُ ، لَعَلَّ فِيهِمْ مَنْ يَجِدُ عَيْنَ مَالِهِ فَيَأْخُذُهَا . فَإِنْ بَاعَهُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِمْ كُلُّهُمْ [١١٢/٤ ط] ، جَاز ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ وَمَوْكُولٌ إِلَى اجْتِهَادِهِ ، فَرُبَّمَا أَذَاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَى خِلَافِ ذَلِكَ وَالْمُبَادَرَةِ إِلَى الْبَيْعِ قَبْلَ إِحْضَارِهِمْ . وَيَأْمُرُهُمُ الْحَاكِمُ^(٢) أَنْ يُقِيمُوا مُنَادِيًا يُنَادِي عَلَى الْمَتَاعِ ، فَإِنْ تَرَأَّضُوا بِثِقَةٍ أَمْضَاهُ الْحَاكِمُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثِقَةً رَدَّهُ . فَإِنْ قِيلَ : لِمَ يَرُدُّهُ وَقَدْ اتَّفَقَ عَلَيْهِ أَصْحَابُ الْحَقِّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اتَّفَقَ الْمُزْتَهِنُ وَالرَّاهِنُ عَلَى أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنُ غَيْرُ ثِقَةٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلْحَاكِمِ الْإِعْتِرَاضُ ؟ قُلْنَا : الْحَاكِمُ هُنَا لَهُ نَظَرٌ وَاجْتِهَادٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَظْهَرُ غَرِيمٌ آخَرُ ، فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِهِ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ، فَإِنَّهُ لَا نَظَرَ لِلْحَاكِمِ فِيهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْمُفْلِسُ رَجُلًا ، وَاخْتَارَ الْغُرَمَاءُ آخَرَ أَقْرَأَ الْحَاكِمُ الثِّقَةَ مِنْهُمَا . فَإِنْ كَانَا ثِقَتَيْنِ ، قَدَّمَ الْمُتَطَوَّعَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَرُ ، فَإِنْ كَانَا مُتَطَوَّعَيْنِ ، ضَمَّ أَحَدَهُمَا إِلَى الْآخَرِ ، وَإِنْ كَانَا بِجُعْلٍ ، قَدَّمَ أَوْثَقَهُمَا وَأَعْرَفَهُمَا ، فَإِنْ تَسَاوَيَا ، قَدَّمَ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا^(٣) . وَالْأَجْرَةُ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ حَقٌّ عَلَيْهِ ، لَكَوْنِهِ طَرِيقَ وِفَاءٍ دَيْنِهِ . وَقِيلَ : يُدْفَعُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أَجْرِ مَنْ يَحْفَظُ الْمَتَاعَ وَالْثَّمَنَ ، وَأَجْرِ الْحَمَّالِينَ ، وَنَحْوِهِمْ . وَيُسْتَحَبُّ بَيْعُ كُلِّ شَيْءٍ فِي

(١) فِي م : عَنْ « . »

(٢) سَقَطَ مِنْ م .

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ م .

وَيَتْرُكُ لَهُ مِنْ مَالِهِ مَا تَدْعُو إِلَيْهِ حَاجَتُهُ مِنْ مَسْكَنٍ وَخَادِمٍ ..

المقنع

الشرح الكبير

سُوقِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَحْوَطُ ، وَأَكْثَرُ لَطَالِبِهِ ، وَمَعْرِفَةُ قِيَمَتِهِ . فَإِنْ بَاعَ فِي غَيْرِ سُوقِهِ بَثْمَنٍ الْمِثْلِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ تَحْصِيلُ الثَّمَنِ ، وَرُبَّمَا أَدَّى الْجِتْهَادُ إِلَى أَنَّهُ أَصْلَحُ . وَلِهَذَا لَوْ قَالَ : بَيْعُ ثَوْبِي بَثْمَنٍ كَذَا . فِي سُوقٍ عَيْنِهِ ، فَبَاعَهُ بِذَلِكَ فِي غَيْرِهِ ، جَازَ . وَيَبِيعُ بِنَقْدِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلَحُ . فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقُودٌ بَاعَ بِغَالِبِهَا ، فَإِنْ تَسَاوَتْ بَاعَ بِجِنْسِ الدِّينِ . فَإِنْ زَادَ فِي السَّلْعَةِ أَحَدٌ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَزِمَ الْأَمِينُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْكَنُهُ بَيْعُهُ بَثْمَنٍ ^(١) ، فَلَمْ ^(٢) «يَجْزُ بَيْعُهُ» بِذَوْنِهِ ، كَمَا لَوْ زِيدَ فِيهِ قَبْلَ الْعَقْدِ . وَإِنْ زَادَ بَعْدَ لَزُومِ الْعَقْدِ ، اسْتَحَبَّ لِلْأَمِينِ سُؤَالُ الْمُشْتَرِي الْإِقَالَةَ ، وَاسْتَحَبَّ لِلْمُشْتَرِي الْإِجَابَةَ ؛ لِتَعَلُّقِهِ بِمَصْلَحَةِ الْمُفْلِسِ وَقَضَاءِ دَيْنِهِ .

١٩٢٠ - مسألة : (وَيَتْرُكُ لَهُ مِنْ مَالِهِ مَا تَدْعُو إِلَيْهِ حَاجَتُهُ مِنْ مَسْكَنٍ وَخَادِمٍ) لَا تَبَاغُ دَارُ الْمُفْلِسِ الَّتِي لَا غِنَى لَهُ ^(٣) عَنْ سُكْنَاهَا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقُ . وَالْخَادِمُ فِي مَعْنَى الدَّارِ إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا

قوله : وَيَتْرُكُ لَهُ مِنْ مَالِهِ مَا تَدْعُو إِلَيْهِ حَاجَتُهُ مِنْ مَسْكَنٍ . بَلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ الْإِنْصَافُ إِنْ كَانَ وَاسِعًا يَفْضُلُ عَنْ سُكْنَى مِثْلِهِ ، يَبِيعُ ، وَاشْتَرَى لَهُ مَسْكَنٌ مِثْلَهُ . وَلَا بِنِ حَمْدَانِ احْتِمَالٍ ، أَنَّ مَنْ إِذَا مَا اشْتَرَى بِهِ مَسْكَنًا ، أَنَّهُ يُبَاعُ ، وَلَا يَتْرُكُ . وَلَوْ كَانَ الْمَسْكَنُ عَيْنَ ^(٤) مَالِ بَعْضِ الْغُرَمَاءِ ، أَخَذَهُ بِالشَّرْطِ الْمُتَقَدِّمَةِ .

(١) فِي ر ١ : « بَثْمَنِهِ » .

(٢ - ٣) فِي م : « يَبِيعُهُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « بِهِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ط : « غَيْرِهِ » .

إليه . وقال شُرَيْحٌ ، ومَالِكٌ ، والشافعيُّ : تُبَاعُ ، وَيُكْتَرَى له بَدْلُهَا .
 اخْتَارَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي الَّذِي أُصِيبَ فِي ثِمَارِ ابْتِنَاعِهَا ،
 فَكَثُرَ دَيْنُهُ ، فَقَالَ لِعُرْمَائِهِ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ »^(١) . وَهَذَا مِمَّا
 وَجَدُوهُ ، وَلِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِ الْمُفْلِسِ ، فَوَجَبَ صَرْفُهُ فِي دَيْنِهِ ، كَسَائِرِ مَالِهِ .
 وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مِمَّا لَا غِنَى لِلْمُفْلِسِ عَنْهُ ، فَلَمْ يُصْرَفْ فِي دَيْنِهِ ، كِتَابِيهِ
 وَقُوَّتِهِ ، وَالْحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَقَارٌ وَلَا
 [١١٣/٤] خَادِمٌ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » .
 مِمَّا تُصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يُتَصَدَّقْ عَلَيْهِ بِدَارٍ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى
 سُكْنَاهَا ، وَلَا خَادِمٍ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى خِدْمَتِهِ ، وَلِأَنَّ الْحَدِيثَ مَخْصُوصٌ
 بِثِيَابِ الْمُفْلِسِ وَقُوَّتِهِ ، فَتَقْيَسُ عَلَيْهِ مَحَلَّ النَّزَاعِ ، وَقِيَاسُهُمْ مُتَقَبَضٌ
 بِذَلِكَ ، وَبِأَجْرِ الْمَسْكَنِ ، وَسَائِرُ مَالِهِ يَسْتَعْنِي عَنْهُ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا .
 فَإِنْ كَانَ لَهُ دَارَانِ يَسْتَعْنِي بِأَحَدَاهُمَا ، يَبِيعُ الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّ بِهِ غِنًى عَنْ
 سُكْنَاهَا . وَإِنْ كَانَ مَسْكَنُهُ وَاسِعًا يَفْضُلُ عَنْ سُكْنَى مِثْلِهِ ، يَبِيعُ ، وَاشْتَرَى
 لَهُ مَسْكَنٌ مِثْلَهُ ، وَرُدَّ الْفَضْلُ^(٢) عَلَى الْعُرْمَاءِ ، وَكَذَلِكَ الثِّيَابُ الَّتِي لَهُ ،
 إِذَا كَانَتْ رَفِيعَةً لَا يَلْبَسُ مِثْلَهُ مِثْلَهَا .

قوله^(٣) : وَخَادِمٍ . بَلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ بَشَرٌ أَنْ لَا يَكُونَ نَفِيسًا ، وَكَذَا
 الْمَسْكَنُ . نَصٌّ عَلَيْهِمَا .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٧ .

(٢) في الأصل : « الفاضل » .

(٣) في الأصل ، ط : « فائدة » .

فصل : فإن كان المَسْكَنُ والخَادِمُ الذي لا يَسْتَعْنِي عنهما عَيْنَ مالٍ بعض الغُرماءِ ، أو كان جَمِيعُ أمواله ^(١) أَعْيَانَ أموالٍ أَفْلَسَ بِأَثْمَانِهَا ، وَوَجَدَهَا أَصْحَابُهَا ، فَلَهُمْ أَخَذُهَا بِالشَّرَاطِ الْمَذْكُورَةِ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٢) . ولأنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ ، فَكَانَ أَقْوَى سَبَبًا مِنَ الْمُفْلَسِ ، ولأنَّ الإِغْسَارَ بِالثَّمَنِ سَبَبٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْفَسْخُ ، فلم يَمْنَعْ مِنْهُ تَعَلُّقُ حَاجَةِ الْمُشْتَرِي ، كما قَبْلَ الْقَبْضِ ، وكَالْعَيْبِ ، والخِيَارِ . ولأنَّ مَنْعَهُمْ مِنْ أَخْذِ أموالِهِمْ يَفْتَحُ بابَ الْحِيلِ ، بأنْ يَشْتَرِيَ مَنْ لَا مَالَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ثِيَابًا يَلْبَسُهَا ، ودارًا يَسْكُنُهَا ، وخَادِمًا يَخْدُمُهُ ، وَفَرَسًا يَرْكَبُهَا ، وَطَعَامًا لَهُ وَلِعَائِلَتِهِ ، وَيَمْتَنِعُ عَلَى أَرْبَابِهَا أَخْذُهَا ؛ لِتَعَلُّقِ حَاجَتِهِ بِهَا ، فَتَضْيَعُ أموالُهُمْ وَيَسْتَعْنِي هُوَ بِهَا . فعلى هَذَا ، يُؤْخَذُ ذَلِكَ ، وَلَا يُتْرَكُ لَهُ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ أَعْيَانُ أموالِ النَّاسِ ، فَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا مِنْهُ ، كما لو كانت في أَيْدِيهِمْ ، أو أَخَذَهَا مِنْهُمْ غَضَبًا .

فائدة ^(٣) : يُتْرَكُ لَهُ أَيْضًا آلَةُ حِرْفَةٍ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبَ [١٣٩/٢] حِرْفَةٍ ، الإِنْصَافُ تَرْكُ لَهُ مَا يَتَجَرُّ بِهِ . نصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ نَاطِلُ « الْمُفْرَدَاتِ » وَغَيْرُهُ ، وَهُوَ مِنْهَا . وَقَالَ فِي « الْمُوجِزِ » ، وَ « التَّبَصُّرَةِ » : وَيُتْرَكُ لَهُ أَيْضًا فَرَسٌ يَحْتَاجُ إِلَى رُكُوبِهَا . وَقَالَ فِي « الرُّوْضَةِ » : يُتْرَكُ لَهُ دَابَّةٌ يَحْتَاجُهَا . وَنَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ ، يُبَاغِ الْكُلَّ إِلَّا الْمَسْكَنَ ، وَمَا يُوَاظِمُهُ مِنْ ثِيَابٍ ، وَخَادِمٍ يَحْتَاجُهُ .

(١) فِي م : « مَالِهِ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٥٥ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط « تَنْبِيهِ » .

وَيُتَّفَقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ إِلَى أَنْ يَفْرَغَ مِنْ قَسَمِهِ بَيْنَ غَرَمَائِهِ .

الشرح الكبير

١٩٢١ - مسألة : (وَيُتَّفَقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ إِلَى أَنْ يَفْرَغَ مِنْ قَسَمِهِ بَيْنَ غَرَمَائِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا حُجِرَ عَلَى الْمُفْلِسِ ، فَإِنْ كَانَ ذَا كَسْبٍ يَفِي بِنَفَقَتِهِ وَنَفَقَةٍ مَنْ تَلَزَمَهُ مُؤْتَتَهُ ، فَهِيَ فِي كَسْبِهِ ، فَإِنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى إِخْرَاجِ مَالِهِ مَعَ غِنَاهُ بِكَسْبِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَالزِّيَادَةِ عَلَى النَّفَقَةِ . وَإِنْ كَانَ كَسْبُهُ دُونَ نَفَقَتِهِ كُمِلَتْ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا كَسْبٍ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مُدَّةَ الْحَجَرِ وَإِنْ طَالَ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ بَاقٍ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اِبْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »^(١) . وَمَعْلُومٌ أَنَّ فِي مَنْ يَعُولُهُ مَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ دَيْنًا عَلَيْهِ ، وَهِيَ زَوْجَتُهُ ، فَإِذَا قَدَّمَ نَفَقَةَ نَفْسِهِ عَلَى نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى حَقِّ الْغُرَمَاءِ ، وَلِأَنَّ تَجْهِيْزَ الْمَيْتِ يُقَدَّمُ عَلَى دَيْنِهِ [١١٣/٤ ط] بِالِاتِّفَاقِ ، وَالْحَيُّ أَكْثَرُ حُرْمَةً مِنَ الْمَيْتِ ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالِاتِّلَافِ . وَيُقَدَّمُ

الإيناف

تنبيهه^(٢) : مُرَادُ الْمُصْطَفَى وَغَيْرِهِ بَتْرِكِ الْمَسْكَنِ وَالْخَادِمِ وَغَيْرِهِمَا ، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَيْنَ^(٣) مَالِ الْغُرَمَاءِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ عَيْنَ^(٣) مَالِهِمْ ، فَإِنَّهُ لَا يَتْرَكُ لَهُ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَوْ كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَغَيْرِهِمَا . وَهُوَ وَاضِحٌ . فَكَلَامُهُمْ هُنَا مَخْصُوصٌ بِمَا تَقَدَّمَ .

قوله : وَيُتَّفَقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ إِلَى أَنْ يَفْرَغَ مِنْ قَسَمِهِ بَيْنَ غَرَمَائِهِ . يَعْنِي ، عَلَيْهِ وَعَلَى عِيَالِهِ . وَمِنْ النَّفَقَةِ كُسُوتُهُ وَكُسُوةُ عِيَالِهِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) تقدم تخريجه في ٣٤٠/٦ .

(٢) في الأصل ، ط « قوله » .

(٣) في الأصل ، ط : « غير » .

أَيْضًا نَفَقَةً مِّن تَلَزُمُهُ نَفَقَتُهُ مِّن أَقَارِبِهِ ؛ مِثْلُ الْوَالِدِ^(١) وَالْوَلَدِ ، وَغَيْرِهِمْ مِمَّن تَجِبُ نَفَقَتُهُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَجْرُونَ مَجْرَى نَفْسِهِ ، فِي كَوْنِ ذَوِي رَحِمِهِ مِنْهُمْ ، يَعْتَقُونَ إِذَا مَلَكَهُمْ ، كَمَا يَعْتَقُ إِذَا مَلَكَ نَفْسَهُ ، فَكَانَتْ نَفَقَتُهُمْ كَنَفَقَتِهِ ، وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهَا آكَدُ مِّن نَّفَقَةِ الْأَقَارِبِ ؛^(٢) لِأَنَّهَا تَجِبُ مِّن طَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ ، وَفِيهَا مَعْنَى الْإِحْيَاءِ ، كَمَا فِي الْأَقَارِبِ^(٣) . وَمِمَّنْ أَوْجَبَ الْإِنْفَاقَ عَلَى الْمُفْلِسِ زَوْجَتُهُ وَأَوْلَادُهُ ؛ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَتَجِبُ كُسُوتُهُمْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ . وَالْوَاجِبُ مِنَ النَّفَقَةِ وَالْكُسُوتِ أَذْنَى مَا يُنْفَقُ عَلَى مِثْلِهِ بِالْمَعْرُوفِ ، وَأَذْنَى مَا يَكْتَسِي مِثْلُهُ ، وَكَذَلِكَ كُسُوتُهُ مِنْ جِنْسِ مَا يَكْتَسِيهِ^(٤) مِثْلُهُ ، وَكُسُوتُ امْرَأَتِهِ وَنَفَقَتُهَا مِثْلُ مَا يُفْرَضُ عَلَى مِثْلِهِ . وَأَقْلُ مَا يَكْفِيهِ مِنَ اللِّبَاسِ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ ، وَشَيْءٌ يَلْبَسُهُ عَلَى رَأْسِهِ ؛ فَلَنُسُوَّةٌ ، أَوْ عِمَامَةٌ ، أَوْ غَيْرُهَا^(٥) ، مِمَّا جَرَتْ عَادَتُهُ بِهِ^(٦) ، وَلِرَجُلِهِ حِذَاءٌ ، إِنْ كَانَ يَعْتَادُهُ ، وَجُبَّةٌ أَوْ فَرَوَّةٌ فِي الشِّتَاءِ لِدَفْعِ الْبَرْدِ . فَإِنْ كَانَتْ لَهُ ثِيَابٌ لَا يَلْبَسُ

« الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : مَحَلُّ هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ ، وَإِنَّمَا إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى التَّكْسِبِ ، لَمْ يَتْرَكْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ النَّفَقَةِ . وَقَطْعَابَهُ . وَهُوَ قَوِيٌّ .

(١) فِي م : « الْوَلَدِ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ م .

(٣) فِي م : « يَكْتَسِيهِ » .

(٤) فِي ق ، م : « غَيْرُهَا » .

(٥) زِيَادَةٌ مِنْ ر ١ .

مِثْلُهُ مِثْلَهَا ، بِيَعَتْ ، وَاشْتَرَى لَهُ كُسُوءَ مِثْلِهِ ، وَرُدَّ الْفَضْلُ عَلَى الْغُرَمَاءِ ، فَإِنْ كَانَتْ إِذَا بِيَعَتْ وَاشْتَرَى لَهُ كُسُوءَ مِثْلِهِ لَا يَفْضَلُ مِنْهَا شَيْءٌ ، تُرِكَتْ ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي بَيْعِهَا .

فصل : وَإِنْ مَاتَ الْمُفْلِسُ ، كَفَّنَ مِنْ مَالِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ كَانَتْ وَاجِبَةً مِنْ مَالِهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، فَوَجِبَ تَجْهِيزُهُ مِنْهُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، كَغَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ يَجِبُ كَفْنُ مَنْ يَمُوتُ ؛ لِأَنَّهُمْ بِمَنْزِلَتِهِ . وَلَا يُلْزَمُ كَفْنُ زَوْجَتِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَقَدْ فَاتَ بِمَوْتِهَا ، فَسَقَطَتْ ، بِخِلَافِ الْأَقَارِبِ ؛ فَإِنَّ قَرَابَتَهُمْ بَاقِيَةٌ . وَيُلْزَمُهُ تَكْفِينُ مَنْ مَاتَ مِنْ عِيْدِهِ وَتَجْهِيزُهُ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ لَيْسَتْ فِي مُقَابَلَةِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، بِدَلِيلِ وَجُوبِ نَفَقَةِ الصَّغِيرِ ، وَالْمَبِيعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ . وَيُكْفَنُ فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ ، كَمَا كَانَ يَلْبَسُ فِي حَيَاتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُكْفَنَ فِي ثَوْبٍ يَسْتُرُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَكْفِيهِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الزِّيَادَةِ . وَفَارَقَ حَالِ الْحَيَاةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَعْطِيةِ رَأْسِهِ ، وَكَشْفِهِ يُؤْذِيهِ ، بِخِلَافِ الْمَيِّتِ . وَيَمْتَدُّ الْإِنْفَاقُ الْمَذْكُورُ إِلَى حِينِ فَرَاغِهِ مِنَ الْقِسْمَةِ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَّا بِذَلِكَ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ قَرِيبٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي هَذَا الْفَصْلِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمُفْلِسُ ذَا صِنْعَةٍ ، يَكْسِبُ مَا يَمُوتُ وَيَمُوتُ مَنْ تَلَزَمَهُ مُوْتَتَهُ ، أَوْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَكْسِبَ^(١) مِنَ الْمُبَاحَاتِ مَا يَكْفِيهِ ، أَوْ يُؤْجَرَ

فائدة : لَوْ مَاتَ ، جُهِزَ مِنْ مَالِهِ ، كَنَفَقَةٍ . قَالَ فِي « الْفَاتِي » وَغَيْرِهِ .

الإنصاف

(١) بعده في الأصل ، ر ، ق ، م ، « ذلك » .

الشرح الكبير

نَفْسَهُ ، أَوْ يَتَوَكَّلَ لِلْإِنْسَانِ^(١) بِجُعْلٍ يَكْفِيهِ ، لَمْ يُتْرَكْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ لِلتَّفَقَّةِ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ ، تُرِكَ [١١٤/٤] لَهُ مِنْ مَالِهِ قَدْرُ مَا يَكْفِيهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : يُتْرَكُ لَهُ قُوَّةُ يَتَقَوَّتَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عِيَالٌ تُرِكَ لَهُ قِوَامٌ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ : يُتْرَكُ لَهُ قَدْرُ مَا يَقُومُ بِهِ مَعَاشُهُ ، وَيُبَاعُ الْبَاقِي . وَهَذَا فِي حَقِّ الشَّيْخِ الْكَبِيرِ وَذَوِي الْهَيْئَاتِ الَّذِينَ لَا يُمَكِّنُهُمُ التَّصَرُّفُ بِأَيْدِيهِمْ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ مِمَّا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ بَعْضُهُمْ بَعْضِهِ ؛ لِأَنَّ مَنْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِالْعَيْنِ أَقْوَى سَبَبًا مِنْ غَيْرِهِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الدَّارِ وَالْخَادِمِ .

فصل : وَإِذَا تَلَفَ شَيْءٌ مِنْ^(٢) مَالِ الْمُفْلِسِ^(٣) تَحْتَ يَدِ الْأَمِينِ ، أَوْ بَيَعَ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ وَأُودِعَ ثَمَنُهُ ، فَتَلَفَ عِنْدَ الْمُودِعِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُفْلِسِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْعُرُوضُ مِنْ مَالِهِ ، وَالدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ مِنْ مَالِ الْغُرَمَاءِ . وَقَالَ الْمُغِيرَةُ : الذَّنَانِيرُ مِنْ مَالِ أَصْحَابِ الذَّنَانِيرِ ، وَالدَّرَاهِمُ مِنْ مَالِ أَصْحَابِ الدَّرَاهِمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ^(٤) ، وَنَمَائُوهُ لَهُ^(٤) ، فَكَانَ تَلْفُهُ مِنْ^(٤) مَالِهِ ، كَالْعُرُوضِ .

الإنصاف

(١) سقط من : م .

(٢) (٢ - ٢) فِي م : ماله .

(٣) فِي م : الفليس .

(٤) سقط من : الأصل .

المقنع وَيَبْدَأُ بَبَيْعِ مَا يُسْرَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، ثُمَّ بِالْحَيَوَانِ ، ثُمَّ بِالْأَنْثَاثِ ، ثُمَّ بِالْعَقَارِ . وَيُعْطَى الْمُنَادِي أَجْرَتَهُ مِنَ الْمَالِ .

الشرح الكبير

١٩٢٢ - مسألة : (وَيَبْدَأُ بَبَيْعِ مَا يُسْرَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ) مِنَ الطَّعَامِ الرُّطْبِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ يُتْلَفُهُ بَيِّقِينَ (ثُمَّ) بَبَيْعِ (الْحَيَوَانِ) لِأَنَّهُ مُعَرَّضٌ لِلْإِتْلَافِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى مُؤَنَةٍ فِي بَقَائِهِ (ثُمَّ) بَبَيْعِ (الْأَنْثَاثِ) لِأَنَّهُ يُخَافُ عَلَيْهِ ، وَتَنَالُهُ الْيَدُ (ثُمَّ) بَبَيْعِ (الْعَقَارِ) آخِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ تَلْفَهُ ، وَبَقَاؤُهُ أَشْهَرُ لَهُ ، وَأَكْثَرُ لَطْلَابِهِ .

١٩٢٣ - مسألة : (وَيُعْطَى الْمُنَادِي أَجْرَتَهُ مِنَ الْمَالِ) لِأَنَّ الْبَيْعَ حَقٌّ عَلَى الْمُفْلِسِ ؛ لَكَوْنِهِ طَرِيقَ وِفَاءٍ دَيْنِهِ . وَقِيلَ : هُوَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ .

الإنصاف

قوله : وَيُعْطَى الْمُنَادِي - يَغْنَى وَنَحْوَهُ - أَجْرَتَهُ مِنَ الْمَالِ . وَالْمُرَادُ ، إِذَا لَمْ يُوجَدْ مُتَطَوِّعٌ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَ« الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : إِنَّمَا يُعْطَى مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ أُمِكنَ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمُذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَأَجْرَةُ الْمُنَادِي مِنَ الثَّمَنِ ، إِنْ فَقِدَ مُتَطَوِّعٌ . وَقِيلَ : مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ تَعَذَّرَ . قَالَ فِي « الْحَاوِيَيْنِ » : وَحَقُّ الْمُنَادِي مِنَ الثَّمَنِ ، إِنْ فَقِدَ مَنْ يَتَطَوَّعُ بِالْبَدَاءِ ، وَتَعَذَّرَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . وَقَدَّمَهُ

وَيَبْدَأُ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَقْلَ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ ثَمَنِ الْجَانِي ، ^{المقنع} ثُمَّ يَمْنُ لَهُ رَهْنٌ ، فَيُخَصُّ بِثَمَنِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ لَهُ فَضْلٌ ، ضَرَبَ بِهِ مَعَ الْغُرَمَاءِ ، وَإِنْ فَضَّلَ مِنْهُ فَضْلٌ ، رُدَّ عَلَى الْمَالِ .

١٩٢٤ - مسألة : (وَيَبْدَأُ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَقْلَ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ ثَمَنِ الْجَانِي) وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ ^(١) فِي الرَّهْنِ ، هَذَا إِذَا كَانَ عَبْدُهُ الْجَانِي . فَعَلَى هَذَا ، يَبْدَأُ بِيَعِهِ ، وَمَا فَضَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ صُرفَ إِلَى الْغُرَمَاءِ . فَإِنْ كَانَ الْمُفْلِسُ هُوَ الْجَانِي ، فَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ ، بِخِلَافِ جَنَايَةِ الْعَبْدِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

١٩٢٥ - مسألة : (ثُمَّ يَمْنُ لَهُ رَهْنٌ ، فَيُخَصُّ بِثَمَنِهِ) يُبَاعُ ^(٢) الرَّهْنُ وَيُخَصُّ الثَّرْتَهُنُ بِثَمَنِهِ ، إِنْ كَانَ ثَمَنُهُ بِقَدْرِ دَيْنِهِ أَوْ أَقْلَ مِنْهُ ، سِوَاءَ كَانَ الْمُفْلِسُ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الرَّهْنِ وَذِمَّةِ الرَّاهِنِ مَعًا ،

فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هِيَ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ . ^{الإنصاف} ابْتِدَاءً . انْتَهَى . وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي ، نَظَرٌ . وَلَعَلَّ التُّسْخَةَ مَغْلُوطَةٌ .

تَنْبِيْهِه : مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ : وَيَبْدَأُ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ . إِذَا كَانَ الْجَانِي عَبْدَ الْمُفْلِسِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَقْلَ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ ثَمَنِ الْجَانِي . وَسِوَاءَ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَلَيْهِ قَبْلَ الْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُفْلِسُ هُوَ الْجَانِي ، فَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالذِّمَّةِ .

قَوْلُهُ : ثُمَّ يَمْنُ لَهُ رَهْنٌ ، فَيُخَصُّ بِثَمَنِهِ . ظَاهِرُهُ ، أَنَّهُ سِوَاءَ كَانَ الرَّهْنُ لَازِمًا ،

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « ثُمَّ يَبَاعُ » .

وسائرهم يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ^(١) بِالذِّمَّةِ دُونَ الْعَيْنِ ، فَكَانَ حَقُّهُ أَقْوَى . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَإِنْ كَانَ فِي^(٢) ثَمَنِ الرَّهْنِ فَضْلٌ عَنْ دَيْنِ الْمُرْتَهَنِ ، أُعْطِيَ قَلْدَرُ دَيْنِهِ ، وَرُدَّ الْبَاقِي عَلَى الْغَرَمَاءِ . وَإِنْ فَضْلُ شَيْءٍ مِنْ دَيْنِهِ ، ضَرَبَ بِالْفَاضِلِ مَعَ الْغَرَمَاءِ .

فصل : ولو باع شيئًا أو باعه وكيله ، وقبض الثمن ، فتلف وتعدّر رده ، وخرجت السلعة مستحقة ، [١١٤/٤] ساوى المشتري الغرماء ؛ لأنَّ حَقَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ الْمَالِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَرْضٍ جَنَائَةِ الْمُفْلِسِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَحْمَدًا ، أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى الْغَرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِمَجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَالْمُرْتَهَنِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقَدَّمْ عَلَى الْغَرَمَاءِ ، لَامْتَنَعَ النَّاسُ مِنْ شِرَاءِ مَالِ الْمُفْلِسِ ، خَوْفًا مِنْ ضَيَاعِ أَمْوَالِهِمْ ، فَتَقُلُّ الرِّغَابَاتُ فِيهِ ، وَيَقِلُّ ثَمَنُهُ ، فَكَانَ تَقْدِيمُ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ عَلَى الْغَرَمَاءِ أَنْفَعَ لَهُمْ . وَهَذَا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا حَقٌّ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ الْمَالِ ، فَلَمْ يُقَدَّمْ ، كَالَّذِي جَنَى عَلَيْهِ الْمُفْلِسُ . وَفَارَقَ الْمُرْتَهَنَ ، فَإِنْ حَقُّهُ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْمَعْنَى الْأَوَّلِ مُنْتَقِضٌ بِأَرْضِ جَنَائَةِ الْمُفْلِسِ ، وَالثَّانِي مَصْلَحَةٌ لَا أَصْلَ

أَوْ لَا . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَمْ يُقَيِّدْهُ جَمَاعَةُ بِاللُّزُومِ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِثَمَنِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ لَازِمًا . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، إِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ أَوْ أَفْلَسَ ، فَالْمُرْتَهَنُ أَحَقُّ بِهِ . وَلَمْ يَعْتَبِرْ وَجُودَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

لها ، فلا يثبت الحكمُ بها^(١) . فإن كان^(٢) الثَّمنُ موجودًا يُمكنُ رَدُّه ، وَجِبَ رَدُّه ، وَيَنْفَرِدُ بِهِ^(٣) صاحِبُه ؛ لَأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، لم يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ ، وكذلكُ صَاحِبُ السِّلْعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ يَأْخُذُهَا . ومتى باع وَكَيْلُ الْمُفْلِسِ أَوْ الْعَدْلُ ، أَوْ باعَ الرَّهْنَ ، وَخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً ، فَالْعَهْدَةُ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَدْلِ ؛ لَأَنَّهُ أَمِينٌ .

فصل : وَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا أَوْ بَعِيرًا بَعَيْنِهِ ، أَوْ شَيْئًا غَيْرَهُمَا بَعَيْنِهِ ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُؤْجَرُ ، فَالْمُسْتَأْجِرُ أَحَقُّ بِالْعَيْنِ الَّتِي اسْتَأْجَرَهَا مِنَ الْغُرَمَاءِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الْمَالِ ، وَالْمَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ ، فَكَانَ أَحَقُّ بِهَا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا . فَإِنْ هَلَكَ الْبَعِيرُ ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ بَقِيَّةُ الْأَجْرَةِ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا فِي الذِّمَّةِ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُؤْجَرُ ، فَالْمُسْتَأْجِرُ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لم يَتَعَلَّقْ بِالْعَيْنِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . فَإِنْ أَجَرَ دَارًا ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَاتَّفَقَ الْغُرَمَاءُ وَالْمُفْلِسُ عَلَى

قَبْضِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ قَبْلَهُ . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : ثُمَّ يَخْتَصُّ مَنْ لَهُ رَهْنٌ بِثَمَنِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوُجْهَيْنِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » : يَخْتَصُّ بِثَمَنِ الرَّهْنِ ، عَلَى الْأَصَحِّ . فَحَكِيَ الْخِلَافَ رِوَايَتَيْنِ . وَذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ فِي صُورَةِ الْمَوْتِ ؛ لِعَدَمِ رِضَاهُ بِذِمَّتِهِ ، بِخِلَافِ مَوْتِ بَائِعٍ وَجَدَ مَتَاعَهُ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، بَعْدَ أَنْ قَدَّمَ الْمَذْهَبَ : وَعَنْهُ ، أَنَّهُ بَعْدَ الْمَوْتِ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ مُطْلَقًا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « فِيهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الْبَيْعِ قَبْلَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَيَبِيعُونَهَا مُسْتَأْجَرَةً ، فَإِنْ اِخْتَلَفُوا ، قُدِّمَ قَوْلُ مَنْ طَلَبَ الْبَيْعَ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ أَحْوَطُ مِنَ التَّأْخِيرِ ، فَإِذَا اسْتَوْفَى الْمُسْتَأْجِرُ ، تَسَلَّمَ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ اتَّفَقُوا عَلَى تَأْخِيرِ الْبَيْعِ حَتَّى تَنْقَضِيَ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ .

فصل : ولو باع سِلْعَةً ، ثُمَّ أَفْلَسَ قَبْلَ تَقْيِيضِهَا ، فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْغُرَمَاءِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي قَدْ مَلَكَهَا وَثَبَّتَ مِلْكُهُ فِيهَا ، فَكَانَ أَحَقُّ بِهَا ، كَمَا لَوْ قَبَضَهَا ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا قَبَلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وَبَعْدَهُ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ سَلَمٌ ، فَوَجَدَ الْمُسْلِمُ الثَّمَنَ قَائِمًا ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ فَهُوَ أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِعَيْنِ مَالٍ ^(١) وَلَا ثَبَّتَ مِلْكُهُ فِيهِ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ دُونَ الثَّمَنِ . فَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ جِنْسٌ حَقُّهُ ، أَخَذَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ [١١٥/٤] فِيهِ جِنْسٌ حَقُّهُ ، غَزَلَ لَهُ قَدْرُ حَقِّهِ ، فَيَشْتَرِي بِهِ الْمُسْلَمَ فِيهِ ، فَيَأْخُذُهُ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَعْزُولَ بِعَيْنِهِ ؛ لِئَلَّا يَكُونَ بَدَلًا عَمَّا فِي الذِّمَّةِ مِنَ الْمُسْلَمِ فِيهِ ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى

قَوْلِهِ : فَإِنْ فَضَّلَ لَهُ فَضْلٌ ، ضَرَبَ بِهِ مَعَ الْغُرَمَاءِ ، وَإِنْ فَضَّلَ مِنْهُ فَضْلٌ ، رُدُّهُ عَلَى الْمَالِ . وَتَقَدَّمَ أَنَّ الْفَاضِلَ يُرَدُّ عَلَى الْمَالِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، كَمَا جَزَمَ بِهِ هُنَا ، وَأَنَّ الْقَاضِيَ اخْتَارَ أَنْ بَاتِعَهُ أَحَقُّ بِالْفَاضِلِ ، وَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ .

(١) فِي ر ١ ، م : « مَالِهِ » .

ثُمَّ بَمَنْ لَهُ عَيْنٌ مَالٍ يَأْخُذُهَا ، ثُمَّ يَقْسِمُ الْبَاقِيَ بَيْنَ بَاقِي الْغُرَمَاءِ عَلَى الْقَدْرِ ذِيُونِهِمْ .

الشرح الكبير

غَيْرِهِ ^(١) . فَإِنْ أُمِكنَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالْمَعْزُولِ أَكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَ لَهُ ؛ لِرُحْصِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، اشْتَرَى لَهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، وَرُدَّ الْبَاقِي عَلَى الْغُرَمَاءِ . مِثَالُهُ ؛ رَجُلٌ أَفْلَسَ وَلَهُ دِينَارٌ ، وَعَلَيْهِ لِرَجُلٍ دِينَارٌ ، وَلَا خَرَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ مِنْ سَلَمٍ قِيمَتُهُ دِينَارٌ ، فَإِنَّهُ يُقْسَمُ دِينَارُ الْمُفْلِسِ نِصْفَيْنِ ؛ لِصَاحِبِ السَّلَمِ نِصْفُهُ ، فَإِنْ رَحُصَتِ الْحِنْطَةُ ، فَصَارَ قِيمَةُ الْقَفِيزِ نِصْفَ دِينَارٍ ، تَبَيَّنَ أَنَّ حَقَّهُ مِثْلُ نِصْفِ حَقِّ صَاحِبِ الدِّينَارِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنْ دِينَارِ الْمُفْلِسِ إِلَّا ثُلَاثَهُ ، يُشْتَرَى لَهُ بِهِ ثُلَاثُ قَفِيزٍ ، فَيَأْخُذُهُ ، وَيُرَدُّ سُدُسُ الدِّينَارِ عَلَى الْغَرِيمِ الْآخَرِ . وَإِنْ غَلَا الْمُسْلِمُ فِيهِ ، فَصَارَ قِيمَةُ الْقَفِيزِ دِينَارَيْنِ ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِثْلَى مَا يَسْتَحِقُّهُ صَاحِبُ الدِّينَارِ ، فَيَكُونُ لَهُ مِنْ دِينَارِ الْمُفْلِسِ ثُلَاثُاهُ ، فَيُشْتَرَى لَهُ بِالنِّصْفِ الْمَعْزُولِ ، وَيُرْجَعُ عَلَى الْغَرِيمِ بِسُدُسِ دِينَارٍ ، يُشْتَرَى لَهُ بِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمَعْزُولَ مِلْكٌ لِلْمُفْلِسِ ، وَإِنَّمَا لِلْغَرِيمِ قَدْرُ حَقِّهِ ، فَإِنْ زَادَ فَلِلْمُفْلِسِ ، وَإِنْ نَقَصَ فَعَلَيْهِ .

١٩٢٦ - مَسْأَلَةٌ : (ثُمَّ بَمَنْ لَهُ عَيْنٌ مَالٍ يَأْخُذُهَا) بِالشُّرُوطِ الْمَذْكُورَةِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ (ثُمَّ يَقْسِمُ الْبَاقِيَ بَيْنَ بَاقِي الْغُرَمَاءِ عَلَى قَدْرِ ذِيُونِهِمْ) لَتَسَاوِيهِمْ فِي الْاِسْتِحْقَاقِ . فَإِنْ كَانَتْ ذِيُونُهُمْ مِنْ جِنْسٍ

قوله : ثُمَّ بَمَنْ لَهُ عَيْنٌ مَالٍ يَأْخُذُهَا . يَعْنِي ، بِالشُّرُوطِ الْمُتَقَدِّمَةِ . وَكَلَامُهُ هُنَا الْإِنْصَافُ أَعْمٌ ؛ فَيَدْخُلُ عَيْنُ الْقَرْضِ ، وَرَأْسُ مَالِ السَّلَمِ ، وَغَيْرُهُمَا ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَكَذَا

(١) تقدم تخرجه في ٢٥١/١٢ .

المفنع
فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَحِلُّ ،
فِيْشَارِكُهُمْ .

الشرح الكبير
الأثمان ، أَخَذُوهَا ؛ «لأنَّ ذلك هو الْمُقْصُودُ مِنْ بَيْعِ مَالِهِ ، فلو قَضَى
المُفْلِسُ وَالْحَاكِمُ بَعْضَهُمْ وَحَدَهُ ، لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُمْ شُرَكَاءُوه ، فلم يَجْزِ
اِخْتِصَاصُهُ^(١) دُونَهُمْ » ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ دَيْنُهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ،
كَالْقَرْضِ لِغَيْرِ الْأَثْمَانِ ، فَرَضِيَ أَنْ يَأْخُذَ عِوَضَ حَقِّهِ مِنَ الْأَثْمَانِ ، جاز ،
وَإِنْ اِمْتَنَعَ وَطَلَبَ جِنْسَ حَقِّهِ ، اشْتَرَى لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ مِنْ جِنْسِ
دَيْنِهِ . ولو أَرَادَ الْعَرِيْمُ الْأَخْذَ مِنَ الْمَالِ الْمَجْمُوعِ ، وقال المُفْلِسُ : لا
أَقْضِيكَ إِلَّا مِنْ جِنْسِ دَيْنِكَ . قُدِّمَ قَوْلُ الْمُفْلِسِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مُعَاوَضَةٌ ،
فَلا تَجُوزُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا .

١٩٢٧ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، لم يَحِلَّ .
وعنه ، أَنَّهُ يَحِلُّ ، فَيُشَارِكُهُمْ) لا يَحِلُّ الدَّيْنُ الْمُوَجَّلُ بِفُلْسٍ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ .

الإِنصاف
المُسْتَأْجِرُ مِنَ الْمُفْلِسِ أَحَقُّ بِالْمَنَافِعِ مُدَّةَ الْإِجَارَةِ مِنْ بَقِيَّةِ الْغَرَمَاءِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ
قَرِيْبًا .

قوله : ثم يَقْسِمُ الْبَاقِي بَيْنَ بَاقِي الْغَرَمَاءِ عَلَى قَدْرِ دَيُونِهِمْ ؛ فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ
دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، لم يَحِلَّ . هذا لِأَحْدَى الرِّوَايَاتِ . وهو المذهب . قال الزَّرْكَشِيُّ :

(١ - ١) سقط من : م .

وجاء في الأصل بعد قوله : « اشترى له بحصته من الثمن من جنس دينه » . الآق .

(٢) في الأصل : « اختصاصهم » .

ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يَحِلُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَعَنْ الشَّافِعِيِّ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّ الْإِفْلَاسَ يَتَعَلَّقُ بِهِ الدَّيْنُ بِالْمَالِ ، فَأَسْقَطَ الْأَجَلَ ، كَالْمَوْتِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَجَلَ حَقٌّ لِلْمُفْلِسِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِفَلْسِهِ ، كَسَائِرِ حُقُوقِهِ ، وَلأنَّهُ لَا يُوجِبُ حُلُولَ مَالِهِ ، فَلَا يُوجِبُ حُلُولَ مَا عَلَيْهِ ، كَالْجُنُونِ وَالْإِعْمَاءِ ، وَلأنَّهُ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ عَلَى حَيٍّ ، فَلَمْ يَحِلَّ قَبْلَ [١١٥/٤ ظ] أَجَلِهِ ، كَغَيْرِ الْمُفْلِسِ . وَالْأَصْلُ الْمَقِيسُ عَلَيْهِ مَمْنُونٌ ، وَإِنْ سُلِّمَ ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ ذِمَّتَهُ خَرِبَتْ ،

هَذَا الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ . قَالَ ابْنُ مُنَجَّى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَهُوَ أَصَحُّ . الْإِنْصَافُ . قَالَ الْقَاضِي : لَا يَحِلُّ الدَّيْنُ بِالْفَلْسِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : لَا يَحِلُّ الثَّمَنُ الْمُوَجَّلُ بِالْفَلْسِ ، عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » : وَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ مُوَجَّلٌ ، لَمْ يُشَارِكْ ، عَلَى الْأَصَحِّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يَحِلُّ . ذَكَرَهَا أَبُو الْخَطَّابِ . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ : وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُذْهَبِ » . وَعَنْهُ ، لَا يَحِلُّ إِذَا [٢/ ١٣٩ ظ] وَتَقَرَّرَ بَرَهْنٌ ، أَوْ كَفِيلٌ مَلِيٌّ ، وَإِلَّا حَلَّ . نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ . فَمَتَى قُلْنَا : يَحِلُّ . فَهُوَ كَبَقِيَّةِ الدُّيُونِ الْحَالَّةِ . وَمَتَى قُلْنَا : لَا يَحِلُّ . لَمْ يُوقَفْ لِرُبِّهِ شَيْءٌ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْغُرَمَاءِ بِهِ إِذَا حَلَّ . لَكِنْ إِنْ حَلَّ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، شَارَكَ الْغُرَمَاءُ ، وَإِنْ حَلَّ بَعْدَ قِسْمَةِ الْبَعْضِ ، شَارَكَهُمْ أَيْضًا ، وَضَرَبَ بِجَمِيعِ دَيْنِهِ ، وَبَاقِيَ الْغُرَمَاءِ بِبَقِيَّةِ دِيُونِهِمْ . قَالَهُ الرَّزْكَانِيُّ وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ .

المقنع وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ إِذَا وَثَّقَ الْوَرَثَةُ . وَعَنْهُ ، يَحِلُّ .

الشرح الكبير بخلاف المُفلس . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنه إذا حُجِرَ على المُفلس ، فقال أصحابنا : لا يُشَارِكُ أَصْحَابُ الدُّيُونِ الْمُؤَجَّلَةِ أَصْحَابَ الدُّيُونِ الْحَالَّةِ ، وَيَبْقَى الْمُؤَجَّلُ فِي الذِّمَّةِ إِلَى وَقْتِ حُلُولِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَقْسِمِ الْغُرَمَاءُ حَتَّى حَلَّ الدَّيْنُ ، شَارَكَ الْغُرَمَاءُ ، كَمَا لَوْ تَجَدَّدَ عَلَى الْمُفلسِ دَيْنٌ بِجِنَايَتِهِ ، فَإِنْ أَدْرَكَ بَعْضَ الْمَالِ قَبْلَ قِسْمَتِهِ شَارَكَهُمْ فِيهِ ، (يَضْرِبُ فِيهِ^(١) بِجَمِيعِ دَيْنِهِ ، وَيَضْرِبُ^(٢) بَاقِيَ الْغُرَمَاءِ بَبَقِيَّةِ دُيُونِهِمْ . وَإِنْ قُلْنَا : يَحِلُّ الدَّيْنُ . فَهُوَ كَأَصْحَابِ الدُّيُونِ الْحَالَّةِ سَوَاءٌ .

١٩٢٨ - مسألة : (وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ إِذَا وَثَّقَ الْوَرَثَةُ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَحِلُّ) (٣) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي حُلُولِ الدَّيْنِ بِالْمَوْتِ عَلَى مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، فَرَوَى أَنَّهُ لَا يَحِلُّ . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، بِشَرْطِ أَنْ يُوثَّقَ

الإنصاف قوله : وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ إِذَا وَثَّقَ الْوَرَثَةُ . يَعْنِي ، بِأَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ التَّرَكَةِ أَوْ الدَّيْنِ . هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » : هَذَا أَشْهَرُ الرَّوَايَتَيْنِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ وَالْمُخْتَارُ لِلْأَصْحَابِ مِنَ الرَّوَايَتَيْنِ . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده في م : « مع » .

(٣) في حاشية ر ، ق : « لا يحل الدين المؤجل بالفلس ولا بالموت ، وإذا وثق الورثة أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين برهن أو كفيل . فإن تعذر التوثيق حل . وعنه ، يحل بالموت دون الفلس . وعنه ، يحل بهما . حكاهما أبو الخطاب . وعنه ، إن وثق لم يحل فيهما ، وإلا حل . نقلها الكوسج » .

الْوَرْتَةُ . وهو قول ابن سيرين ، وعُبَيْدُ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ ، وإِسْحَاقُ ، وأبَى عُبَيْدٍ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، أَنَّهُ يَحِلُّ بِالْمَوْتِ . وبه قال الشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، وَسَوَّارٌ^(١) ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَبْقَى فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ أَوِ الْوَرْتَةِ ، أَوْ يَتَّعَلَقَ بِالْمَالِ . لَا يَجُوزُ بَقَاؤُهُ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ ؛ لِخَرَابِهَا وَتَعَذُّرِ مُطَابَقَتِهَا ، وَلَا ذِمَّةٌ

« الْعُمْدَةُ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنُورِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي الْإِنْصَافِ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَعَنْهُ ، يَحِلُّ هُنَا مُطْلَقًا ، وَلَوْ قَتَلَهُ رَبُّهُ ، وَلَوْ قُلْنَا : لَا يَحِلُّ بِالْفَلَسِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، وَمَالَ إِلَيْهِ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبِ ، إِنْ تَعَذَّرَ التَّوْتُقُ ، حَلٌّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَحِلُّ . اخْتَارَهُ أَبُو مُحَمَّدٍ الْجَوَزِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَّتَيْنِ » . قَالَ نَازِطُ الْمَفْرَدَاتِ : « لَا يَحِلُّ مَا عَلَى الْمَدْيُونِ بِمَوْتِهِ مِنْ آجِلِ الدُّيُونِ . وَقَالَ فِي الْإِنْتِصَارِ : « يَتَّعَلَقُ الْحَقُّ بِذِمَّتِهِمْ - وَذَكَرَهُ عَنْ أَصْحَابِنَا فِي الْحَوَالَةِ - فَإِنْ كَانَتْ مَلِيئَةً ، وَإِلَّا وَتَقُوا . وَقَالَ أَيْضًا : الصَّحِيحُ أَنَّ الدَّيْنَ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ وَالتَّرَكَةِ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبِ ، يَخْتَصُّ أَرْبَابُ الدُّيُونِ الْحَالَةَ بِالْمَالِ . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، يُشَارِكُونَ بِهِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : « وَمَنْ مَاتَ ، وَعَلَيْهِ ذَيْنِ حَالٍ ، وَذَيْنِ مُوَجَّلٍ ، وَقُلْنَا : لَا تَحِلُّ بِمَوْتِهِ . وَمَالُهُ بِقَدْرِ الْحَالِ ، فَهَلْ يَتْرَكُ لَهُ مَا يَخْصُهُ ؛ لِيَأْخُذَهُ إِذَا حُلَّ دَيْنُهُ ، أَوْ يُؤْفَى

(١) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ سَوَّارُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَوَّارِ الْعَنْبَرِيِّ ، مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ ، نَزَلَ بِبَغْدَادَ ، وَوَلَّى قَضَاءَ الرِّصَافَةِ ، وَكَانَ فَقِيهًا ، صَالِحًا ، أَدِيبًا ، شَاعِرًا ، تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ وَمِائَتَيْنِ . تَارِيخُ بَغْدَادَ ٢١٠/٩ - ٢١٢ ، الْأَنْسَابُ ٦٩/٩ ، ٧٠ .

الْوَرَثَةُ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَلْتَزِمُوها ، وَلَا رَضِيَ صَاحِبُ الدِّينِ بِذِمَمِهِمْ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ مُتَبَايِنَةٌ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ عَلَى الْأَعْيَانِ وَتَأْجِيلُهُ ؛ لِأَنَّهُ ضَرَرٌ بِالْمَيِّتِ وَصَاحِبِ الدِّينِ ، وَلَا نَفْعٌ لِلْوَرَثَةِ فِيهِ . أَمَّا الْمَيِّتُ فَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمَيِّتُ مُرْتَهَنٌ بِدِينِهِ ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » ^(١) . وَأَمَّا صَاحِبُهُ ، فَيَتَأَخَّرُ حَقُّهُ ، وَقَدْ تَلَفَ الْعَيْنُ فَيَسْقُطُ حَقُّهُ . وَأَمَّا الْوَرَثَةُ ، فَإِنَّهُمْ لَا ^(٢) يَنْتَفِعُونَ

الحال ، وَيَرْجِعُ عَلَى رَبِّهِ صَاحِبُ الْمُوَجَّلِ إِذَا حُلَّ بِحِصَّتِهِ ، أَوْ لَا يَرْجِعُ ؟ يَحْتَمِلُ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ .

فَوَائِدُ ؛ الْأُولَى ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَاْرثٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنَّفُ فِي « الْمُغْنَى » : يَحِلُّ الدِّينُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ يَسْتَحِقُّهُ الْوَارِثُ ، وَقَدْ عُدِمَ هُنَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » اِحْتِمَالَيْنِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَوْ وَرِثَهُ بَيْتُ الْمَالِ ، اِحْتَمَلَ انْتِقَالُهُ ، وَيَضْمَنُ الْإِمَامُ لِلْغُرَمَاءِ ، وَاحْتَمَلَ جَلُّهُ . وَذَكَرَهُمَا فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » . وَذَكَرَهُمَا الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيْقِ » ؛ لَعَدِمَ وَاْرثٌ مُعَيَّنٌ . وَأُطْلِقَ فِي « الْفَائِقِ » وَجْهَيْنِ ، فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَاْرثٌ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : حُكْمُ مَنْ طَرَأَ عَلَيْهِ جُنُونٌ حُكْمُ الْمُفْلِسِ وَالْمَيِّتِ ، فِي حُلُولِ الدِّينِ وَعَدَمِهِ . الثَّالِثَةُ ، مَتَى قُلْنَا بِحُلُولِ الدِّينِ الْمُوَجَّلِ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ كُلُّهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » ، وَقَالَ : وَالْمُخْتَارُ سَقُوطُ جُزْءٍ مِنْ رَبِّحِهِ مُقَابِلَ الْأَجَلِ بِقِسْطِهِ ، وَهُوَ مَا أُخِذَ مِنَ الْوَضْعِ وَالتَّأْجِيلِ . انْتَهَى . وَهُوَ حَسَنٌ .

(١) تقدم تخريجه في ٢١/٦ بلفظ : « نفس المؤمن معلقة بدينه ... » .

(٢) سقط من : الأصل .

بالأعيان ولا يتصرفون فيها ، وإن حصلت لهم منفعة ، فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم . ولنا ، ما ذكرنا في المفلس ، ولأن الموت ما جعل^(١) مبطلاً للحقوق ، وإنما هو ميقات للخلافة ، وعلامة على الوراثة ، وقد قال النبي ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ »^(٢) .

الرابعة ، هل يمنع الدين انتقال التركة إلى الورثة ، أم لا يمنع ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يمنع ، بل تنتقل . وهو الصحيح من المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وأصحابه . قال ابن عقيل : هي المذهب . قال الزركشي : هو المنصوص المشهور المختار للأصحاب . وقد نص الإمام أحمد ، أن المفلس إذا مات ، سقط حق البائع من غير ماله ؛ لأن المال انتقل إلى الورثة . قال في « القواعد الفقهية » : أشهر الروايتين الانتقال . والرواية الثانية ، لا تنتقل . نقلها ابن منصور . وصححه النازم . ونصره في « الانتصار » . ويأتي ذلك في آخر القسمة بآتم من هذا . ولهذا الخلاف فوائد ، يأتي بيانها قريباً . ولا فرق في ذلك بين ديون الله تعالى ، وديون الآدميين ، ولا بين الديون الثابتة في الحياة ، والمتجددة بعد الموت بسبب يفتضى الضمان ؛ كحفر^(٣) بئر ونحوه . صرح به القاضى . وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة ، أم لا ؟ قال في « القواعد » : صرح به جماعة ؛ منهم صاحب « التزغيب » ، في التفليس . وقال في « الفوائد » : ظاهر كلام طائفة ، اعتباره ؛ حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق . ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال ، وإن لم يكن مستغرقاً . ذكره في مسائل الشفعة . وعلى القول

(١) في الأصل : « حصل » .

(٢) تقدم ترجمته في ١٨٨/٦ .

(٣) من هنا وحتى قوله : « ذكره في الانتصار » في صفحة ٣٣١ سقط من : الأصل ، ط .

وما ذكروه إثبات حُكْمٍ بِالْمَصْلَحَةِ الْمُرْسَلَةِ ، لم يشهد لها شاهد الشرع الشرح الكبير
 باعتبار . فعلى هذا ، يَبْقَى الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ كما كان ، وَيَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ
 مَالِهِ ، كَتَعَلُّقِ حُقُوقِ الْغُرَمَاءِ بِمَالِ الْمُفْلِسِ عِنْدَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَحَبَّ
 الْوَرَثَةُ التَّزَامَ أَداءِ الدَّيْنِ ، وَيَتَصَرَّفُونَ فِي الْمَالِ ، لم يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ

بالانتقال ، يَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِهَا جَمِيعُهَا ، وَإِنْ لم يَسْتَعْرِفْهَا الدَّيْنُ . صرَّح به في الإنصاف
 « التَّرْغِيبِ » . وهل تَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِهَا تَعَلُّقُ رَهْنٍ ، أَوْ جِنَايَةٍ ؟ فِيهِ خِلَافٌ . قَالَ فِي
 « الْقَوَاعِدِ » : صرَّحَ الْأَكْثَرُونَ ، أَنَّهُ كَتَعَلُّقِ الرَّهْنِ ، وَيُفَسَّرُ بِثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ . وَقَالَ
 فِي « الْفَوَائِدِ » : يَتَحَرَّرُ الْخِلَافُ بِتَحْرِيرِ مَسَائِلَ ؛ أَحَدُهَا ، هَلْ يَتَعَلَّقُ جَمِيعُ الدَّيْنِ
 بِالتَّرِكَةِ ، وَبِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهَا ، أَمْ يَتَقَسَّطُ ؟ صرَّحَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ »
 بِالْأَوَّلِ ، إِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا ، وَإِنْ كَانَ مُتَعَدِّدًا ، انْقَسَمَ عَلَى قَدْرِ حُقُوقِهِمْ ،
 وَتَعَلَّقَ بِحِصَّةِ كُلِّ وَارِثٍ مِنْهُمْ قِسْطُهَا مِنَ الدَّيْنِ ، وَبِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهَا ، كَالْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ
 إِذَا رَهَنَهُ الشَّرِيكَانِ بَدَيْنِ عَلَيْهِمَا . وَالثَّانِيَةُ ، هَلْ يَمْنَعُ هَذَا التَّعَلُّقُ مِنْ نَفْوذِ التَّصَرُّفِ ؟
 سَيَأْتِي ذَلِكَ فِي فَوَائِدِ الرَّوَائِثِ . وَالثَّالِثَةُ ، هَلْ يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ مَعَ الذِّمَّةِ ؟
 فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : هَلِ الدَّيْنُ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ ، أَوْ انْتَقَلَ
 إِلَى ذِمَّةِ الْوَرَثَةِ ، أَوْ هُوَ مُتَعَلِّقٌ بِأَعْيَانِ التَّرِكَةِ ، لَا غَيْرُ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، يَنْتَقِلُ
 إِلَى ذِمَّةِ الْوَرَثَةِ . قَالَهُ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « انْتِصَارِهِ » ،
 وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَيَّدَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » بِالْمَوْجَلِّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :
 وَفِي « الْإِنْتِصَارِ » ، الصَّحِيحُ ، أَنَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ فِي التَّرِكَةِ . انْتَهَى . وَمِنْهُمْ مَنْ
 خَصَّهُ بِالْقَوْلِ بِانْتِقَالِ التَّرِكَةِ إِلَيْهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، هُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ . ذَكَرَهُ
 الْقَاضِي أَيْضًا ، وَالْأَمْدِيُّ ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « فُنُونِهِ » ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » .
 وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي ضَمَانِ ذَيْنِ الْمَيِّتِ . وَالْوَجْهُ الثَّالِثُ ، يَتَعَلَّقُ بِأَعْيَانِ

يَرْضَى الْعَرِيمُ ، أَوْ يُوثِقُوا الْحَقَّ بِضَمِيمٍ مَلِيٍّ ، أَوْ رَهْنٍ يَثِقُ بِهِ لَوْفَاءُ حَقِّهِ ، فَإِنَّهُمْ قَدْ لَا يَكُونُونَ أَمْلِيَاءَ ، وَلَمْ يَرْضَ بِهِمُ الْعَرِيمُ ، فَيُودَى إِلَى فَوَاتِ الْحَقِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْحَقَّ يَنْتَقِلُ إِلَى ذِمَّةِ الْوَرَثَةِ بِمَوْتِ مَوْرُوْثِهِمْ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشْتَرَطَ التَّزَامُهُمْ لَهُ . وَلَا يَنْبَغِي [١١٦/٤] أَنْ يُلْزَمَ الْإِنْسَانُ دَيْنٌ لَا

التَّرِكَةَ فَقَطْ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَرُدُّ بَلُزُومِ بَرَاءَةِ ذِمَّةِ الْمَيِّتِ فِيهَا بِالتَّلَفِ . وَيَأْتِي هَذَا أَيْضًا فِي بَابِ الْقِسْمَةِ . إِذَا عُرِفَ هَذَا ، فَلِلْخِلَافِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ - وَهُوَ كَوْنُ الدَّيْنِ يَمْنَعُ الْإِنْتِقَالَ أَمْ لَا ؟ فَوَائِدُ كَثِيرَةٌ . ذَكَرَهَا ابْنُ رَجَبٍ فِي « الْفَوَائِدِ » مِنْ « قَوَاعِيدِهِ » ؛ مِنْهَا ، نَفُوذُ تَصَرُّفِ الْوَرَثَةِ فِيهَا بِيْنَعٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ . فَعَلَى الثَّانِيَةِ ، لَا إِشْكَالَ فِي عَدَمِ النُّفُوذِ . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، قِيلَ : لَا يَنْفُذُ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي بَابِ الشَّرِكَةِ مِنْ « كِتَابَيْهِمَا » . وَحَمَلَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » رِوَايَةَ ابْنِ مَنْصُورٍ عَلَى هَذَا . وَقِيلَ : يَنْفُذُ . قَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، فِي الرَّهْنِ وَالْقِسْمَةِ ، وَجَعَلَاهُ الْمَذْهَبَ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالْخَمْسِينَ » : أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ ، صِحَّةُ تَصَرُّفِهِمْ . انْتَهَى . وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُمُ التَّصَرُّفُ بِشَرْطِ الضَّمَانِ . قَالَ الْقَاضِي . قَالَ : وَمَتَى خَلَّى الْوَرَثَةُ بَيْنَ التَّرِكَةِ وَبَيْنَ الْغُرَمَاءِ ، سَقَطَتْ مُطَالَبَتُهُمُ بِالْأَدْيَانِ ، وَنَصَبَ الْحَاكِمُ مَنْ يُوفِّيهِمْ مِنْهَا ، وَلَمْ يَمْلِكْهَا الْغُرَمَاءُ بِذَلِكَ . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ إِذَا تَصَرَّفُوا فِيهَا ، طَوَّلُوا بِالْأَدْيَانِ كُلِّهَا . وَفِي « الْكَافِي » ، إِنَّمَا يَضْمَنُونَ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ التَّرِكَةِ أَوْ الدَّيْنِ . وَعَلَى الْأَوَّلِ ، يَنْفُذُ الْعِثْقُ خَاصَّةً ، كِعِثْقِ الرَّاهِنِ . ذَكَرَهُ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ^(١) . وَحَكَى الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، فِي بَابِ الْعِثْقِ ، فِي نَفُوذِ الْعِثْقِ مَعَ عَدَمِ الْعِلْمِ ، وَجْهَيْنِ ، وَأَنَّهُ ^(٢)

(١) آخر السقط .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « لَأَنَّهُ » .

يَلْتَزِمُهُ ، ولم يَتَعَاظَ سَبَبَهُ ، ولو لَزِمَهُمْ ذلكَ لَمَوْتَ مَوْرُوْثُهُمْ لِلزَّمَمِ وإن لم يُخَلَّفْ وَفَاءً . فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بِالْمَوْتِ . فَأَحَبُّ الْوَرَثَةِ الْقَضَاءُ مِنْ غَيْرِ التَّرِكَةِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَإِنْ اخْتَارُوا الْقَضَاءَ مِنْهَا ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَإِنْ امْتَنَعُوا مِنَ الْقَضَاءِ ، بَاعَ الْحَاكِمُ مِنَ التَّرِكَةِ مَا يَقْضَى بِهِ الدَّيْنُ . وَإِنْ مَاتَ

لَا يَنْفُذُ مَعَ الْعِلْمِ . وَجَعَلَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » مَا أَخَذَهُمَا ، أَنَّ حُقُوقَ الْغُرَمَاءِ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالتَّرِكَةِ ، هَلْ يَمْلِكُ الْوَرَثَةُ إِسْقَاطَهَا بِالتَّزَامِهِمُ الْأَدَاءَ مِنْ عِنْدِهِمْ ، أَمْ لَا ؟ وَفِي « النَّظَرِيَّاتِ » لابنِ عَقِيلٍ : عِنْتُ الْوَرَثَةِ يَنْفُذُ مَعَ يَسَارِهِمْ ، دُونَ إِعْسَارِهِمْ ؛ اغْتِبَارًا بِعِنْتِ مَوْرُوْثِهِمْ فِي مَرَضِهِ . [١٤٠/٢] وَهَلْ يَصِحُّ رَهْنُ التَّرِكَةِ عِنْدَ الْغُرَمَاءِ ؟ قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمَجْرَدِ » : لَا يَصِحُّ . وَمِنْهَا ، نَمَاءُ التَّرِكَةِ . فَعِلَى الثَّانِيَةِ ، يَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِهِ أَيْضًا . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ هَلْ يَتَعَلَّقُ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ ، أَمْ لَا ؟ وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْثَّمَانِينَ » : إِنْ قِيلَ : إِنَّ التَّرِكَةَ بَاقِيَّةٌ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمَيِّتِ . تَعَلَّقَ حَقُّ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ ، كَالْمَرْهُونِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : إِنْ قُلْنَا : تَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِالتَّرِكَةِ تَعَلَّقَ رَهْنٌ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فِيهِ . فَلَا أَمْرُ كَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : تَعَلَّقَ جِنَايَةٌ لَا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ . فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالنَّمَاءِ . وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا : لَا تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إِلَى الْوَرَثَةِ بِمَجْرَدِ الْمَوْتِ . لَمْ تَتَعَلَّقْ حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ بِالنَّمَاءِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَخَرَجَ الْآمِدِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْمُعْنَى » ، تَعَلَّقَ الْحَقُّ بِالنَّمَاءِ مَعَ الْإِنْتِقَالِ أَيْضًا ، كَتَعَلَّقِ الرَّهْنِ . وَقَدْ يَنْبَغِي ذَلِكَ مِنْ أَصْلِهِ آخَرَ ، وَهُوَ أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ هُوَ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ ، أَوْ انْتَقَلَ إِلَى ذِمَّةِ الْوَرَثَةِ ، أَوْ هُوَ مُتَعَلِّقٌ بِأَعْيَانِ التَّرِكَةِ لَا غَيْرُ ؟ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ . وَقَدْ تَقَدَّمَ قَبْلَ الْفَوَائِدِ . قَالَ : فَعِلَى الْقَوْلِ الثَّالِثِ ، يَتَوَجَّهُ أَنْ لَا تَتَعَلَّقَ الْحُقُوقُ بِالنَّمَاءِ ؛ إِذْ هُوَ كَتَعَلَّقِ الْجِنَايَةِ . وَعَلَى الْأَوَّلَيْنِ ، يَتَوَجَّهُ تَعَلُّقُهَا بِالنَّمَاءِ ، كَالرَّهْنِ . وَمِنْهَا ، لَوْ

الشرح الكبير

مُفْلِسٌ وله غُرْمَاءُ بعضُ دُيُونِهِمْ مُوَجَّلَةٌ ، وَقُلْنَا : يَحِلُّ الْمُوَجَّلُ بِالْمَوْتِ .
اِقْتَسَمُوا التَّرِكَةَ عَلَى قَدَرِ دُيُونِهِمْ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَحِلُّ . (فَإِنْ وَثَّقَ)
الْوَرَثَةُ لِصَاحِبِ الْمُوَجَّلِ ، اخْتَصَّ أَصْحَابُ الْحَالِّ بِالتَّرِكَةِ ، وَإِنْ اِمْتَنَعَ
الْوَرَثَةُ مِنَ التَّوَثُّقِ ، حَلَّ دَيْنُهُ ، وَشَارَكَ أَصْحَابُ الْحَالِّ ؛ لَكُلًّا يُفْضَى إِلَى
إِسْقَاطِ دَيْنِهِ بِالْكُلِّيَّةِ .

الإينصاف

مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَلَهُ مَالٌ زَكَوِيٌّ ، فَهَلْ تَبْتَدِئُ الْوَرَثَةُ حَوْلَ الزَّكَاةِ مِنْ حِينَ
الْمَوْتِ ، أَمْ لَا ؟ فَعَلَى الثَّانِيَةِ ، لَا إِشْكَالَ فِي أَنَّهُ لَا تَجْرَى فِي حَوْلِهِ حَتَّى تَنْتَقِلَ إِلَيْهِ .
وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يُبْنَى عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ ؛ هَلْ هُوَ مَضْمُونٌ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ ، أَمْ هُوَ فِي
ذِمَّةِ الْمَيِّتِ خَاصَّةً ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هُوَ فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ . وَكَانَ مِمَّا يَمْنَعُ الزَّكَاةَ ، اِنْبَنَى
عَلَى الدَّيْنِ الْمَانِعِ ؛ هَلْ يَمْنَعُ اِنْعِقَادَ الْحَوْلِ فِي ابْتِدَائِهِ ، أَوْ يَمْنَعُ الْوُجُوبَ فِي انْتِهَائِهِ
خَاصَّةً ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ . ذَكَرَهُمَا الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » . وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَمْنَعُ اِلْاِنْعِقَادَ ،
فَيَمْتَنِعُ اِنْعِقَادُ الْحَوْلِ عَلَى مِقْدَارِ الدَّيْنِ مِنَ الْمَالِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّمَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الزَّكَاةِ
فِي آخِرِ الْحَوْلِ . مَنَعَ الْوُجُوبَ هُنَا آخِرَ الْحَوْلِ ، فِي قَدْرِهِ أَيْضًا . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ
فِي ذِمَّةِ الْوَارِثِ شَيْءٌ . فَظَاهِرُ كَلَامِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِالْمَالِ مَانِعٌ . وَمِنْهَا ،
لَوْ كَانَ لَهُ شَجَرٌ ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَمَاتَ ، فَهُنَا صُورَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ يَمُوتَ قَبْلَ
أَنْ يَثْمَرَ ، ثُمَّ يَثْمَرَ قَبْلَ الْوَفَاءِ ؛ فَيُبْنَى عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ ، هَلْ يَتَعَلَّقُ بِالنَّمَاءِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا :
يَتَعَلَّقُ بِهِ . خُرُجٌ عَلَى الْخِلَافِ فِي مَنَعِ الدَّيْنِ الزَّكَاةَ فِي الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ ، عَلَى مَا
تَقَدَّمَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ . فَالزَّكَاةُ عَلَى الْوَارِثِ . وَهَذَا كُلُّهُ بِنَاءٌ عَلَى الْقَوْلِ بِاِنْتِقَالِ
الْمِلْكِ إِلَيْهِ . أَمَّا إِنْ قُلْنَا : لَا يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ . فَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَنْفَكَّ التَّعَلُّقُ قَبْلَ
بُدْؤِ الصَّلَاحِ . الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ يَمُوتَ بَعْدَ مَا أَثْمَرَتْ ، فَيَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِالثَّمَرَةِ .

فصل : ذكر بعض أصحابنا في من مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين ؛ إحداهما ، لا يمنعه ؛ للخبر المذكور ، ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في العبد الجاني والرهن والمفلس ،

ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب ، فقد وجبت عليه الزكاة ، إلا أن نقول : إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر . وإن كان قبل الوجوب ، فإن قلنا : تنتقل التركة إلى الورثة مع الدين . فالحكم كذلك . وإن قلنا : لا تنتقل . فلا زكاة عليهم . وهذه المسألة تدل على أن الثماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء ، بلا خلاف . وقال في « الفروع » : وإن مات بعد أن أثمرت ، تعلق بها الدين ، ثم إن كان بعد وقت الوجوب ، ففى الزكاة روايتان . وكذا إن كان قبله ، وقلنا : تنتقل التركة مع الدين . وإلا فلا زكاة . انتهى . وكذا قال ابن تيميم ، وابن حمدان ، في باب زكاة الزروع والثمار . ومنها ، لو مات ، وله عبيد ، وله دين ، وأهل هلال الفطر . فعلى المذهب ، ففطرته على الورثة . وعلى الثانية ، لا فطرة لهم على أحد . ومنها ، لو كانت التركة حيوانا . فعلى المذهب ، النفقة عليهم . وعلى الثانية ، من التركة كمؤنة . وكذلك مؤنة المال ؛ كأجرة المخزن ونحوه . ومنها ، لو مات المدين وله شقص ، فباع شريكه نصيبه^(١) قبل الوفاء ، فعلى المذهب ، لهم الأخذ بالشفعة . وعلى الثانية ، لا . ولو كان الوارث شريك الموروث ، وبيع نصيب الموروث في دينه ، فعلى المذهب ، لا شفعة للوارث . وعلى الثانية ، له الشفعة . ومنها ، لو وطئ الوارث الجارية الموروثة - والدين يستغرق التركة - فأولدها ، فعلى المذهب ، لأحد ، ويلزمه قيمتها . وعلى الثانية ، لأحد أيضا ؛ لشبهة الملك ،

(١) في الأصل ، ط : « نصفه » .

فلم يَمْنَعْ نَقْلَهُ . فعلى هذا ، إن تَصَرَّفَ الْوَرَثَةُ فِي التَّرَكَةِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُمْ ، وَلَزِمَهُمْ أَدَاءُ الدَّيْنِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ وَفَاؤُهُ ، فُسِخَ تَصَرُّفُهُمْ ^(١) ، كما لو باع السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْجَانِي . والثَّانِيَةُ ، يَمْنَعُ نَقْلَ التَّرَكَةِ إِلَيْهِمْ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ^(٢)

وعليه قِيمَتُهَا وَمَهْرُهَا . ذَكَرَهُ فِي « الْإِنْصَارِ » . ففائدة الْخِلَافِ حَيْثُ ذِ فِي الْمَهْرِ . الْإِنْصَافِ
ومنها ، لو تزَوَّجَ الْإِبْنُ أُمَّةً أَبِيهِ ^(٣) ، ثُمَّ قَالَ : إِنَّ مَاتَ أَبِي ، فَأَنْتَ طَالِقٌ . وَقَالَ
أَبُوهُ : إِنَّ مِتُّ ، فَأَنْتَ حُرَّةٌ . ثُمَّ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَعْرِقُ التَّرَكَةَ ، لَمْ تَعْتِقْ . وَهَلْ
يَقَعُ الطَّلَاقُ ؟ قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : يَقَعُ . وَقَالَ [١٤٠/٢] ابْنُ عَقِيلٍ :
لَا يَقَعُ . فَقَوْلُ ابْنِ عَقِيلٍ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَقَوْلُ الْقَاضِي مَبْنِيٌّ عَلَى الثَّانِيَةِ .
وكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُدَبِّرْهَا الْأَبُ سِوَاءً . وَقِيلَ : يَقَعُ الطَّلَاقُ عَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا . وَمِنْهَا ،
لَوْ أَقَرَّ لِشَخْصٍ ، فَقَالَ : لَهُ فِي مِيرَاثِهِ أَلْفٌ . فَالْمَشْهُورُ ، أَنَّهُ مُتَنَاقِضٌ فِي إِقْرَارِهِ .
وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ ؛ إِذِ الْمَشْهُورُ عِنْدَنَا ، أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَمْنَعُ
الْمِيرَاثَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ فِي التَّرَكَةِ أَلْفٌ . فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ صَحِيحٌ . وَعَلَى هَذَا ،
إِذَا قُلْنَا : يَمْنَعُ الدَّيْنُ الْمِيرَاثَ . كَانَ مُنَاقِضًا ، بَغَيْرِ خِلَافٍ . وَمِنْهَا ، لَوْ مَاتَ وَتَرَكَ
ابْنَيْنِ وَأَلْفَ دِرْهَمٍ ، وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنًا ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ ابْنَيْنِ ، وَتَرَكَ ابْنًا ،
ثُمَّ أَبْرَأَ الْعَرِيمُ الْوَرَثَةَ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ ^(٤) ابْنَ الْإِبْنِ « يَسْتَحِقُّ نِصْفَ التَّرَكَةِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَصَرَّفَهُ » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « ابْنِهِ » .

(٤) - ٤) فِي الْأَصْلِ ، ط : « الْإِبْنِ » .

فَجَعَلَ التَّرِكَهَ لِلوَارِثِ بَعْدَ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُمُ الْمِلْكُ قَبْلَهُمَا .
فَعَلَى هَذَا ، لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ تَصَرَّفُوا فِي غَيْرِ مِلْكِهِمْ ، إِلَّا
أَنْ يَأْذَنَ لَهُمُ الْغُرَمَاءُ ، وَإِنْ تَصَرَّفَ الْغُرَمَاءُ ، لَمْ يَصِحَّ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَرَثَةِ .

الشرح الكبير

بِمِيراثِهِ عَنْ أَبِيهِ^(١) ، وَذَكَرَهُ فِي مَوْضِعٍ إِجْمَاعًا ، وَعَلَّلَهُ فِي مَوْضِعٍ بِأَنَّ التَّرِكَهَ
تَنْتَقِلُ مَعَ الدَّيْنِ ، فَانْتَقَلَ مِيرَاثُ الْابْنِ إِلَى ابْنِهِ . وَيُفْهَمُ مِنْ هَذَا ، أَنَّهُ عَلَى الثَّانِيَةِ ،
يَخْتَصُّ بِهِ وَلَدُ الصُّلْبِ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَاقِي^(٢) مِنَ الْوَرَثَةِ . وَمِنْهَا ، رُجُوعُ بَائِعِ
الْمُفْلِسِ فِي عَيْنِ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُفْلِسِ . وَيَحْتَمِلُ بِنَاؤُهُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ ؛ فَإِنْ
قُلْنَا : يَنْتَقِلُ . امْتَنَعَ رُجُوعُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْتَقِلُ . رَجَعَ ، وَلَا سِيَّامَا وَالْحَقُّ هُنَا مُتَعَلِّقٌ
فِي الْحَيَاةِ تَعَلُّقًا مُتَاكِدًا . وَمِنْهَا ، مَا نَقَلَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ مَاتَ ،
وَحَلَفَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ، وَعَلَيْهِ أَلْفَا دِرْهَمٍ ، وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُ ابْنِهِ ، فَقَالَ ابْنُهُ
لِغُرَمَائِهِ : اتْرُكُوا هَذِهِ الْأَلْفَ بِيَدِي ، وَأَخْرُونِي فِي حُقُوقِكُمْ ثَلَاثَ سِنِينَ ، حَتَّى
أَوْفِيَكُمْ جَمِيعَ حُقُوقِكُمْ . قَالَ : إِذَا كَانُوا اسْتَحَقُّوا قَبْضَ هَذِهِ الْأَلْفِ ، وَإِنَّمَا يُؤَخَّرُونَهُ
لِيُوفِّيَهُمْ لِأَجْلِ ، فَرُكُّوَهَا فِي يَدَيْهِ ، فَهَذَا لَأَخِيرَ لَهُ فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضُوا الْأَلْفَ مِنْهُ ،
وَيُؤَخَّرُونَهُ فِي الْبَاقِي مَا شَاءُوا . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : قَالَ بَعْضُ شَيْوخِنَا : تُخْرَجُ
هَذِهِ الرُّوَايَةُ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ التَّرِكَهَ لَا تَنْتَقِلُ . قَالَ : وَإِنْ قُلْنَا : تَنْتَقِلُ . جَازَ . وَهُوَ
أَقْبَسُ بِالْمَذْهَبِ ، وَعَلَّلَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَمِنْهَا ، وَلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالتَّرِكَهَةِ إِذَا كَانَتْ
دَيْنًا وَنَحْوَهُ . فَنَصَّ أَحْمَدُ فِي وَدِيعَةٍ ، لَا يَدْفَعُهَا إِلَّا إِلَى الْغُرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ جَمِيعًا . وَهُوَ
يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلْغُرَمَاءِ وَلَايَةَ الْمُطَالَبَةِ وَالرُّجُوعَ عَلَى الْمُودِعِ إِذَا سَلَّمَ الْوَدِيعَةَ إِلَى
الْوَرَثَةِ . وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى الْإِحْتِيَاظِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِهِ ،

الإنصاف

(١) فِي الْأَصْلِ : « ابْنُهُ » ، وَط : « ابْنِي » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « الثَّانِي » .

وَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسْمٍ مَالِهِ [١١٧ظ] رَجَعَ عَلَى الْغُرَمَاءِ الْمُقْنَعِ بِقِسْطِهِ .

الشرح الكبير

١٩٢٩ - مسألة : (وَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسْمٍ مَالِهِ ، رَجَعَ عَلَى الْغُرَمَاءِ بِقِسْطِهِ) وبهذا قال الشافعي . وحكى عن مالك . وحكى عنه : لا يُحَاصُّهُمْ ؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ لِحُكْمِ الْحَاكِمِ . ولنا ، أَنَّهُ غَرِيمٌ يُقَاسِمُهُمْ لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، فَإِذَا ظَهَرَ بَعْدَ ذَلِكَ قَاسَمَهُمْ ، كَغَرِيمِ الْمَيِّتِ يَظْهَرُ بَعْدَ قَسْمِ مَالِهِ ، وَلَيْسَ قَسْمُ الْحَاكِمِ مَالَهُ حُكْمًا ، إِنَّمَا هُوَ قِسْمَةٌ بَانَ الْخَطَأُ فِيهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَسَمَ أَرْضًا بَيْنَ شُرَكَاءَ ، ثُمَّ ظَهَرَ شَرِيكَ آخَرُ ، أَوْ قَسَمَ الْمِيرَاثَ ، ثُمَّ ظَهَرَ وَارِثٌ سِوَاهُ .

فصل : ولو أفلس وله دارٌ مُسْتَأْجَرَةٌ ، فَأَنْهَدَمَتْ بَعْدَ قَبْضِ الْمُفْلِسِ الْأَجْرَةَ ، انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، وَسَقَطَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقَدْرِ

الإنصاف

إِنْ قُلْنَا : التَّرَكَّةُ مِلْكٌ لَهُمْ . فَلَهُمْ وَلَايَةُ الطَّلَبِ وَالْقَبْضِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَتْ مِلْكًا لَهُمْ . فَلَيْسَ لَهُمُ الْاِسْتِغْلَالُ بِذَلِكَ . وَقَالَ الْمَجْدُ : عِنْدِي أَنَّ النَّصَّ عَلَى ظَاهِرِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَرَثَةَ وَالْغُرَمَاءَ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُمْ بِالتَّرَكَّةِ ؛ كَالرَّهْنِ وَالْجَانِبِ ، فَلَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَى بَعْضِهِمْ . انْتَهَى الْكَلَامُ عَلَى الْفَوَائِدِ مُلَخَّصًا .

قوله : وَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسْمٍ مَالِهِ ، رَجَعَ عَلَى الْغُرَمَاءِ بِقِسْطِهِ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . لَكِنْ قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : هَذِهِ قِسْمَةٌ بَانَ الْخَطَأُ ^(١) فِيهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ قَسَمَ أَرْضًا أَوْ مِيرَاثًا بَيْنَ شُرَكَاءَ ، ثُمَّ ظَهَرَ شَرِيكَ آخَرُ ، أَوْ ^(٢)

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْخَلْطُ » ، وَفِي ط : « الْخِلْطَاءُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَ » .

ذلك ، ثم إن وجد عين ماله ، أخذ منه بقدر ذلك ، وإن لم يجده ، ضرب مع الغرماء بقدره . وإن كان ذلك بعد قسم ماله ، رجع على الغرماء بحصته ؛ لأن سبب وجوبه قبل الحجر ، وكذلك ^(١) يُشارِكهم إذا وجب قبل القسمة . ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس ، فوجد بها المشتري عيناً ، فردّها به ، أو ردّها بخيار أو اختلاف في الثمن ونحوه ، ووجد عين ماله ، أخذها ؛ لأن [١١٦/٤ ط] البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن ، كزوال ملك المشتري عن المبيع ، وإن كان بعد تصرفه فيه ، شارك ^(٢) المشتري الغرماء .

الإنصاف

وارث آخر . قال الأزرقي : فلو كان له ألف ، اقتسمها غريماء نصفين ، ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما ، رجع على كل واحد بثلث ما قبضه من غير زيادة . وأصل هذا ، ما لو أقر أحد الوارثين بوارث ؛ فإنه يأخذ ما في يده إذا كان ابناً ، وهما ابنان . قال في « الفروع » : كذا قال . وهو كما قال في الثانية ، بل هو خطأ فيها . قال في « الفروع » : فظاهر كلامهم ، يرجع على من ألتف ما قبضه بحصته . ثم قال : ويتوجه كمفقود رجع بعد قسمة وتلف . وفي فتاوى المصنف ، لو وصل مال الغائب ، فأقام رجل بينة أن له عليه ديناً ، وأقام آخر بينة أن له عليه ديناً أيضاً ، فقال : إن طالبا جميعاً ، اشتركا ، وإن طالب أحدهما ، اختص به لاختصاصه بما يوجب التسليم ، وعدم تعلق الدين بماله . قال في « الفروع » : ومُراده ، ولم يطالب أصلاً ، وإلا شاركه ما لم يقبضه .

(١) في الأصل ، ر ، م : « لذلك » .

(٢ - ٢) في الأصل : « المشترك » .

وَأَنْ بَقِيَتْ عَلَى الْمُفْلِسِ بَقِيَّةٌ ، وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى إِجَارِ الْمَقْنَعِ
نَفْسِهِ لِقَضَائِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

١٩٣٠ - مسألة : (وَأَنْ بَقِيَتْ عَلَى الْمُفْلِسِ بَقِيَّةٌ ، وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهَلْ
يُجْبَرُ عَلَى إِجَارِ نَفْسِهِ لِقَضَائِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إحداهما ، لَا يُجْبَرُ . وهو
قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ
إِلَى مِيسْرَةٍ ﴾ ^(١) . ولَمَّا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، أَنَّ رَجُلًا أُصِيبَ فِي ثِمَارِ ابْتِنَاعِهَا ،
فَكَثُرَ دَيْنُهُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » . فَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلُغْ وَفَاءَ
دَيْنِهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » .
رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٢) . وَلِأَنَّهُ تَكَسَّبَ لِلْمَالِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ

قوله : وَأَنْ بَقِيَ عَلَى الْمُفْلِسِ بَقِيَّةٌ وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى إِجَارِ نَفْسِهِ
لِقَضَائِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ؛
إحداهما ، يُجْبَرُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « نَظْمِ
الْمُفْرَدَاتِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُتَتَحَبِّ الْأَدْمِيِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَصَحَّحَهُ [٢ / ١٤١] فِي « التَّصْحِيحِ » ،
وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « النَّظْمِ » . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يُجْبَرُ . قَدَّمَهُ فِي « إِذْرَاكِ
الْغَايَةِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » . كَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْهِدْيَةِ وَالصَّدَقَةِ

(١) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٧ .

والصَّدَقَةِ ، وكما لا تُجْبَرُ المرأةُ على التَّزْوِيجِ لَتَأْخُذَ الْمَهْرَ . والثَّانِيَةُ ، يُجْبَرُ على الكَسْبِ . وهو قولُ عُمَرَ بنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، (' وَسَوَّارِ الْعَنْبَرِيِّ ') ، وإِسْحَاقَ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ سُرقًا (٢) فِي دِينِهِ ، وَكَانَ سُرقٌ دَخَلَ الْمَدِينَةَ وَذَكَرَ أَنَّ وراءَهُ مَالًا ، قَدَايِنَهُ النَّاسُ ، فَرَكِبَتْهُ دُيُونٌ ، وَلَمْ يَكُنْ وراءَهُ مَالٌ ، فَسَمَّاهُ سُرقًا ، وَبَاعَهُ بِخَمْسَةِ أَعْرَافٍ . رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ بِمَعْنَاهُ (٣) مِنْ رِوَايَةِ (٤) مُسْلِمِ بْنِ خَالِدِ الزُّنْجِيِّ ، إِلَّا أَنَّ فِيهِ كَلَامًا . وَالْحُرُّ لَا يُبَايَعُ ، ثَبِتَ أَنَّهُ بَاعَ مَنَافِعَهُ . وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تَجْرِي مَجْرَى الْأَعْيَانِ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا وَتَحْرِيمِ اخْتِذِ الزَّكَاةِ وَثُبُوتِ الْغِنَى بِهَا ، فَكَذَلِكَ فِي وَفَاءِ الدَّيْنِ مِنْهَا . وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَجَازَ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ ، كَبَيْعِ مَالِهِ . وَلِأَنَّهَا إِجَارَةٌ لِمَا يَمْلِكُ إِجَارَتَهُ ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهَا

الشرح الكبير

وَالْقَرْضِ وَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْخُلْعِ وَالتَّزْوِيجِ ، حَتَّى أُمُّ وَلَدِهِ ، وَأَخَذَ الدَّيَّةَ عَلَى قَوْدٍ . وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ دَيْتُهُ بِعَفْوِهِ عَلَى غَيْرِ مَالٍ أَوْ مُطْلَقًا ، إِنْ قُلْنَا : يَجِبُ بِالْعَمْدِ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . وَتَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى رَدِّ مَبِيعٍ ، إِذَا كَانَ فِيهِ الْأَحْظُ . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : هُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَبْقَى الْحَجْرُ عَلَيْهِ بَيَقَاءِ دَيْنِهِ إِلَى الْوَفَاءِ .

الإنصاف

- (١ - ١) فِي ر ، ر ، ١ ، ق ، م : « وَسَوَّارِ الْعَنْبَرِيِّ » .
 (٢) صَحَابِيٌّ مِنْ جِهَنَةَ ، يُقَالُ إِنْ اسْمُهُ الْحَبَابُ بْنُ أَسَدٍ ، شَهِدَ فَتْحَ مِصْرَ وَأَقَامَ بِهَا . مَاتَ فِي خِلَافَةِ عُمَانَ . الْإِصَابَةُ ٤٤ / ٣ ، ٤٥ .
 (٣) فِي : كِتَابُ الْبُيُوعِ . سَنَّ الدَّارِقُطْنِيُّ ٦١ / ٣ ، ٦٢ . كَمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ بِلَفْظِهِ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ الْحَرِّ الْمَقْلَسِ فِي دِينِهِ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْلِيسِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٥٠ / ٦ .
 (٤ - ٤) فِي م : « خَالِدُ بْنُ مُسْلِمِ بْنِ الرَّبِيعِ » ، وَفِي الْأَصْلِ ، ر ، ر ، ١ ، ق : « خَالِدُ بْنُ مُسْلِمِ بْنِ الزُّنْجِيِّ » . وَالثَّبُوتُ عَلَى الصَّوَابِ كَمَا فِي الدَّارِقُطْنِيِّ . وَانْظُرْ : تَهْذِيبُ الْكَمَالِ ٥٠٨ / ٢٧ - ٥١٤ .

لَوْفَاءٍ دَيْنِهِ ، كإِجَارَةٍ أُمِّ وَلَدِهِ . فَإِنْ قِيلَ : حَدِيثُ سُرْقٍ مَنْسُوخٌ ؛ لِأَنَّ
الْحُرَّ لَا يُبَاعُ ، وَالْبَيْعُ وَقَعَ عَلَى رَقَبَتِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ الْغُرَمَاءَ
قَالُوا الْمُشْتَرِيهِ : مَا تَصْنَعُ بِهِ ؟ قَالَ : أَعْتَقُهُ . قَالُوا : لَسْنَا بِأَزْهَدَ مِنْكَ فِي
إِعْتَاقِهِ . فَأَعْتَقُوهُ . قُلْنَا : هَذَا إِثْبَاتُ نَسْخِ بِالْإِحْتِمَالِ ، وَلَا يَجُوزُ ، وَلَمْ
يُثَبِّتْ أَنَّ بَيْعَ الْحُرِّ كَانَ جَائِزًا فِي شَرِيعَتِنَا ، وَحَمْلُ بَيْعِهِ عَلَى بَيْعِ مَنَافِعِهِ أَسْهَلُ
مِنْ حَمْلِهِ عَلَى بَيْعِ رَقَبَتِهِ الْمُحَرَّمِ ، فَإِنَّ حَذْفَ الْمُضَافِ وَإِقَامَةَ الْمُضَافِ
إِلَيْهِ كَثِيرٌ فِي الْقُرْآنِ ، وَفِي كَلَامِ الْعَرَبِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْرَبُوا فِي
قُلُوبِهِمُ الْغَجْلَ ﴾ ^(١) . ﴿ وَسَلِّ الْقَرْيَةَ ﴾ ^(٢) . وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ
قَوْلُهُ : أَعْتَقُهُ . أَيْ مِنْ حَقِّي عَلَيْهِ . يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ قَوْلُهُ : فَأَعْتَقُوهُ . يَعْنِي
الْغُرَمَاءَ ، وَهُمْ لَا يَمْلِكُونَ إِلَّا الدِّينَ الَّذِي عَلَيْهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَنَظَرَةٌ
إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ . فَيُمْكِنُ مَنَعُ دُخُولِهِ تَحْتَ عُمُومِهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّهُ فِي
حُكْمِ الْأَغْنِيَاءِ ^(٣) فِي جِرْمَانِ الزَّكَاةِ ، وَسُقُوطِ نَفَقَتِهِ عَنْ قَرِيْبِهِ ، وَوُجُوبِ
نَفَقَةِ قَرِيْبِهِ عَلَيْهِ . وَحَدِيثُهُمْ قَضِيَّةٌ عَيْنٌ لَا يَثْبُتُ حُكْمُهَا إِلَّا فِي مِثْلِهَا ،

فَائِدَةٌ : الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى إِيجَارِ مَوْقُوفٍ عَلَيْهِ ، وَإِيجَارِ أُمِّ
وَلَدِهِ ، إِذَا اسْتَعْنَى عَنْهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُجْبَرُ عَلَى إِيجَارِ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ » ، فِي أُمِّ الْوَلَدِ . وَقِيلَ :
لَا يُجْبَرُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

(١) سورة البقرة ٩٣ .

(٢) سورة يوسف ٨٢ .

(٣) فِي ق : « الْإِعْسَارِ » .

الشرح الكبير ولم يثبت أن لذلك العريم كسباً يفضل عن قدر نفقته . أما قبول الهدية والصدقة ، [١١٧/٤] فمضرة تأبها قلوب ذوى المروءات ؛ لما فيها من المنة . فعلى هذا ، لا يجبر على الكسب إلا من كسبه يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته ؛ لما تقدم .

فصل : ولا يجبر على قبول صدقة ، ولا هدية ، ولا وصية ، ولا قرض ، ولا المرأة على التزويج ؛ لياخذ مهرها ؛ لأن في ذلك ضرراً ؛ للحقوق^(١) المنة في الهدية والصدقة والوصية ، والعوض في القرض ، وملك الزوج للمرأة في النكاح ، ووجوب حقوقه عليها . ولو باع بشرط الخيار ، ثم أفلس ، فالخيار بحاله ، ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والإمضاء ؛ لأن الفلاس يمنع من إحداث عقد ، أما من إمضائه وتنفيذ عقوده فلا .

فصل : وإن جنى على المفلس جناية توجب المال ، ثبت ، وتعلق حقوق الغرماء به ، ولا يصح عفو ، فإن كانت موجبة للقصاص ، فهو مخير بين القصاص والعفو ، ولا يجبر على العفو على مال ؛ لأن ذلك يفوت القصاص الذى يجب لمصلحة الزجر . فإن اقتصر ، لم يجب للغرماء شيء ، وإن عفا على مال ، ثبت ، وتعلق به حقوق الغرماء . وإن عفا مطلقاً ، انبنى على الروايتين في موجب العمد ، إن قلنا : القصاص

وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُ الْحَجَرُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ، المقنع

الشرح الكبير

خَاصَّةً . لم يَثْبُتْ شَيْءٌ . وَإِنْ قُلْنَا : أَحَدُ أَمْرَيْنِ . وَجَبَتْ ^(١) الدِّيَّةُ ، وَتَعَلَّقَتْ بِهَا حُقُوقُ الْغُرَمَاءِ . وَإِنْ عَفَا عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، وَقُلْنَا : الْقِصَاصُ هُوَ الْوَاجِبُ عَيْنًا . لم يَثْبُتْ شَيْءٌ . وَإِنْ قُلْنَا : أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ . ثَبَّتْ الدِّيَّةُ ، وَلَمْ يَصَحَّ إِسْقَاطُهُ ؛ لِأَنَّ عَفْوَهُ عَنِ الْقِصَاصِ يَثْبُتُ لَهُ الدِّيَّةُ ، وَلَا يَصَحُّ إِسْقَاطُهَا . وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً بِشَرْطِ الثَّوَابِ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَبُذِلَ لَهُ الثَّوَابُ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِسْقَاطُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ عَلَى سَبِيلِ الْعَوَضِ عَنْ الْمُوْهُوبِ ، ^(٢) فَلَزِمَهُ قَبُولُهُ ، كَالْتَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ . وَلَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ شَيْءٍ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ ، أَوْ أَجْرَةٍ فِي ^(٣) إِجَارَةٍ ، وَلَا قَبْضُهُ رَدِيثًا ، وَلَا قَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دُونَ صِفَاتِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ ^(٤) غُرَمَائِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

١٩٣١ - مسألة : (وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُ الْحَجَرُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ) لِأَنَّهُ ثَبَّتَ بِحُكْمِهِ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِحُكْمِهِ ، كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسْفِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَزُولُ بِقِسْمَةِ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ حُجِرَ عَلَيْهِ لِأَجَلِهِ ، فَإِذَا زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ ،

قوله : وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُ الْحَجَرُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال في « الفروع » : وَيَقْتَضِي زَوَالَهُ إِلَى حُكْمٍ فِي الْأَصَحِّ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،

(١) في ر ١ م : « ثَبَّتْ » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ر ١ م .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ر ، ق : « أَنْ يَأْذَنَ » .

الشرح الكبير
زال سَبَبُ الْحَجَرِ ، فزال الْحَجَرُ ، كزوالِ حَجَرِ الْمَجْنُونِ لزوالِ
جُنُونِهِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، وَفَارَقَ الْجُنُونُ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ ^(١) بِنَفْسِهِ ، فزالَ
بِزَوَالِهِ ، بِخِلَافِ هَذَا ، وَلأنَّ فَرَاغَ مَالِهِ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةٍ وَبَحْثٍ ، فَوَقَفَ
ذَلِكَ عَلَى الْحَاكِمِ ، بِخِلَافِ الْجُنُونِ .

فصل : وَإِذَا فَلَكَ الْحَجَرُ عَنْهُ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ مُطَالَبَتُهُ ، وَلَا
مُلَازَمَتُهُ ، حَتَّى يَمْلِكَ مَالًا ، فَإِنْ [١١٧/٤ ط] جَاءَ الْغَرْمَاءُ عَقِيبَ فَلَكَ
الْحَجَرِ عَنْهُ ، فَادَّعَوْا أَنْ لَهُ مَالًا ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٍ ، فَإِنْ جَاءُوا بَعْدَ مُدَّةٍ ،
فَادَّعَوْا أَنْ فِي يَدِهِ مَالًا ، أَوْ ادَّعَوْا ذَلِكَ عَقِيبَ فَلَكَ الْحَجَرِ عَنْهُ ، وَبَيَّنُوا سَبَبَهُ ،
أَحْضَرَهُ الْحَاكِمُ وَسَأَلَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا فَلَكَ
الْحَجَرُ عَنْهُ حَتَّى لَمْ يَبْقَ لَهُ شَيْءٌ ، وَإِنْ أَقَرَّ ، وَقَالَ : هُوَ لِفُلَانٍ وَأَنَا وَكِيلُهُ .
أَوْ مُضَارِبُهُ . وَكَانَ الْمُقَرَّرُ لَهُ حَاضِرًا ، سَأَلَهُ الْحَاكِمُ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ، فَهُوَ
لَهُ ، وَيَسْتَحْلِفُهُ الْحَاكِمُ ؛ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَا تَوَاطَاً عَلَى ذَلِكَ ؛ لِيُدْفَعَ الْمُطَالَبَةُ
عَنِ الْمُفْلِسِ . وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَرَفْنَا كَذِبَ الْمُفْلِسِ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ
الْمَالَ لَهُ ^(٢) ، فَيُعَادُ الْحَجَرُ عَلَيْهِ إِنْ طَلَبَ الْغَرْمَاءُ ذَلِكَ . فَإِنْ أَقَرَّ لَغَائِبٍ ،
أَقَرَّ فِي يَدَيْهِ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ ، ثُمَّ يُسْأَلُ ، كَمَا حَكَمْنَا فِي الْحَاضِرِ .

الإيناف
و « الشَّرْح » ، و « الرِّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » . وَفِيهِ وَجْهٌ
آخَرُ ، يَزُولُ الْحَجَرُ بِقَسَمِ مَالِهِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « لنفسه » .

فَإِذَا فَلَكَ عَنْهُ الْحَجَرُ ، فَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ ، وَحَجَرَ عَلَيْهِ ، شَارَكَ غُرْمَاءُ
الْحَجَرِ الْأَوَّلِ غُرْمَاءَ الْحَجَرِ الثَّانِي . وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَقٌّ لَهُ بِهِ
شَاهِدٌ ، فَأَبَى أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِغُرْمَائِهِ أَنْ يَخْلِفُوا .

الشرح الكبير ١٩٣٢ - مسألة : (ومتى فَلَكَ عَنْهُ الْحَجَرُ ، فَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ) وظاهر
له مالٌ (فحَجَرَ عليه ، شَارَكَ غُرْمَاءُ الْحَجَرِ الْأَوَّلِ غُرْمَاءَ الْحَجَرِ الثَّانِي)
إِلَّا أَنْ الْأَوَّلِينَ يَضْرِبُونَ بَبَقِيَّةِ دُيُونِهِمْ ، وَالْآخَرِينَ يَضْرِبُونَ بِجَمِيعِهَا .
وبهذا قال الشافعي . وقال مالكٌ : لَا يَدْخُلُ غُرْمَاءُ الْحَجَرِ الْأَوَّلِ عَلَى هَؤُلَاءِ
الَّذِينَ تَجَدَّدَتْ حُقُوقُهُمْ حَتَّى يَسْتَوْفُوا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ فَائِدَةٌ مِنْ مِيرَاثٍ ،
أَوْ يُجَنَى عَلَيْهِ جِنَايَةٌ ، فَيَتَحَاصُّ الْغُرْمَاءُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي ثُبُوتِ
حُقُوقِهِمْ فِي ذِمَّتِهِ ، فَتَسَاوَوْا فِي الْاِسْتِحْقَاقِ ، كَالَّذِينَ ثُبَّتْ حُقُوقُهُمْ فِي
حَجَرٍ وَاحِدٍ ، وَكَتَسَاوَيْهِمْ فِي الْمِيرَاثِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَلِأَنَّ كَسْبَهُ مَالٌ
لَهُ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ ، كَالْمِيرَاثِ .

١٩٣٣ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَقٌّ لَهُ بِهِ شَاهِدٌ ، فَأَبَى أَنْ
يَخْلِفَ مَعَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِغُرْمَائِهِ أَنْ يَخْلِفُوا) الْمُفْلِسُ فِي الدَّعْوَى كَغَيْرِهِ ،
فَإِذَا ادَّعَى حَقَّالَهُ بِهِ شَاهِدٌ عَدْلٍ ، وَحَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ ، ثَبَتَ الْمَالُ ، وَتَعَلَّقَتْ
بِهِ حُقُوقُ الْغُرْمَاءِ . وَإِنْ اِمْتَنَعَ لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ صِدْقَ الشَّاهِدِ ، وَلَوْ

الإنصاف تنبيه : يُؤْخَذُ مِنْ قَوْلِهِ : وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَقٌّ لَهُ بِهِ شَاهِدٌ ، فَأَبَى أَنْ يَخْلِفَ
مَعَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِغُرْمَائِهِ أَنْ يَخْلِفُوا . عَدَمُ وَجوبِ الْيَمِينِ عَلَيْهِ ، وَهُوَ كَذَلِكَ ؛
لَا حِثْمَالِ شُبْهَةٍ .

فصل : الحُكْمُ الرَّابِعُ ، انْقِطَاعُ الْمُطَالَبَةِ عَنْهُ ، فَمَنْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ حَتَّى يُفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ .

ثَبَّتَ الْحَقُّ بِشَهَادَتِهِ لَمْ يَحْتَجْ إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ ، فَلَا نُجْبِرُهُ عَلَى «الْحَلْفِ عَلَى» مَا لَا نَعْلَمُ صِدْقَهُ ، كغیره . فَإِنْ قَالَ الْغُرَمَاءُ : نَحْنُ نَحْلِفُ مَعَ الشَّاهِدِ . لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ . وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : يَحْلِفُونَ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَهُمْ تَعَلَّقَتْ بِالْمَالِ ، فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَحْلِفُوا ، كَالْوَرَثَةِ يَحْلِفُونَ عَلَى مَالِ مَوْرُوثِهِمْ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ يُثْبِتُونَ مِلْكًا لغيرِهِمْ لَتَعَلَّقَ حُقُوقُهُمْ بِهِ بَعْدَ ثُبُوتِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُمْ ذَلِكَ ، كَالْمَرَأَةِ تَحْلِفُ لِإثباتِ مِلْكِ زَوْجِهَا ، لَتَعَلَّقَ نَفَقَتُهَا بِهِ ، وَكَالْوَرَثَةِ قَبْلَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِمْ . وَفَارَقَ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَإِنَّ الْمَالَ انْتَقَلَ إِلَيْهِمْ ، فَهُمْ يُثْبِتُونَ بِأَيْمَانِهِمْ مِلْكًا لَأَنْفُسِهِمْ .

فصل : (الحُكْمُ الرَّابِعُ ، انْقِطَاعُ الْمُطَالَبَةِ عَنِ الْمُفْلِسِ ، فَمَنْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ حَتَّى يُفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ) إِذَا تَصَرَّفَ الْمَحْجُورُ [١١٨/٤] عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ ، بِشِرَاءٍ أَوْ اقْتِرَاضٍ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ ، وَالْحَجْرُ إِنَّمَا تَعَلَّقَ بِمَالِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ وَلَا

قوله : الحُكْمُ الرَّابِعُ ، انْقِطَاعُ الْمُطَالَبَةِ عَنِ الْمُفْلِسِ ، فَمَنْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ حَتَّى يُفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . وَتَقَدَّمَ كَلَامُهُ فِي « الْمُبْهَجِ » ، فِي الْجَاهِلِ . وَتَقَدَّمَ رِوَايَةُ بَصِيحَةِ إِقْرَارِهِ إِذَا أَضَافَهُ إِلَى مَا قَبْلَ الْحَجْرِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ أَوْ ضَمَانٍ أَوْ إِقْرَارٍ ، صَحَّ ، وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِحَظِهِ ؛ وَهُوَ المقنع
الصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالسَّفِيهُ ،

الشرح الكبير

لِلْمُقْرِضِ مُطَالَبَتُهُ فِي حَالِ الْحَجْرِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْغُرْمَاءِ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَالِهِ
 الْمَوْجُودِ حَالِ الْحَجْرِ ، وَبِمَا يَحْدُثُ لَهُ مِنَ الْمَالِ ، فَقَدُّوا عَلَى غَيْرِهِمْ مِمَّنْ
 لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِعَيْنِ الْمَالِ ، كَتَقْدِيمِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بِثَمَنِ الرَّهْنِ ، وَتَقْدِيمِ
 حَقِّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ بِثَمَنِ الْعَبْدِ الْجَانِي ، فَلَا يُشَارِكُ أَصْحَابُ هَذِهِ الدِّيُونِ
 الْغُرْمَاءَ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا ، وَلِأَنَّ مَنْ عَلِمَ مِنْهُمْ بِفَلْسِهِ ، فَقَدْ رَضِيَ بِذَلِكَ ، وَمَنْ
 لَمْ يَعْلَمْ فَهُوَ مُفَرِّطٌ . وَيَتَّبِعُونَهُ بَعْدَ فِكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ لِنَسَانٍ بِمَالٍ
 بَعْدَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، وَفِي إِقْرَارِهِ خِلَافٌ ذَكَّرْنَاهُ فِيهَا مَضَى . فَإِنْ وَجَدَ الْبَائِعُ
 وَالْمُقْرِضُ أَغْيَانَ أَمْوَالِهِمَا ، فَهَلْ لَهُمُ الرُّجُوعُ فِيهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
 لَهَا ذَلِكَ ؛ لِلخَبَرِ . وَالثَّانِي ، لَا فَسَخَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا دَخَلَا عَلَى بَصِيرَةٍ
 بِخَرَابِ الذِّمَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ اشْتَرَى مَعِيًّا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، وَقَدْ ذَكَّرْنَا ذَلِكَ .
 وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ
لِحَظِهِ ؛ وَهُوَ الصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالسَّفِيهُ) الْحَجْرُ عَلَى هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ

الإنصاف

فَكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ .

قوله : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِحَظِهِ ؛ وَهُوَ الصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ،
 وَالسَّفِيهُ ، فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُمْ قَبْلَ الْإِذْنِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي الْجُمْلَةِ ، وَعَلَيْهِ
 الْأَصْحَابُ . وَظَاهِرُهُ أَنَّ هِبَةَ الصَّبِيِّ لَا تَصِحُّ ، وَلَوْ كَانَ مُمَيِّزًا . وَهُوَ صَحِيحٌ ،
 وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَسُئِلَ أَحْمَدُ : مَتَى تَصِحُّ هِبَةُ الْغُلَامِ ؟

المقنع
فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُمْ قَبْلَ الْإِذْنِ . وَمَنْ دَفَعَ إِلَيْهِمْ مَالَهُ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ ،
رَجَعَ فِيهِ مَا كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ تَلَفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ مَالِكِهِ ، عَلِمَ
بِالْحَجَرِ ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

الشرح الكبير
حَجَرٌ عَامٌّ ؛ لِأَنَّهُمْ يُمْنَعُونَ التَّصَرُّفَ فِي أَمْوَالِهِمْ وَذِمَمِهِمْ . وَالْأَصْلُ فِي
الْحَجَرِ عَلَيْهِمْ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ
اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا ﴾ ^(١) . وَقَوْلُهُ : ﴿ وَابْتُلُوا الْيَتَامَى ﴾ ^(٢) الْآيَةُ . قَالَ سَعِيدُ
ابْنِ جُبَيْرٍ ، وَعِكْرَمَةُ : هُوَ مَالُ الْيَتِيمِ عِنْدَكَ ، لَا تُؤْتِهِ إِيَّاهُ ، وَأَنْفَقْ عَلَيْهِ .
وَأِنَّمَا أَضَافَ الْأَمْوَالَ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ ، وَهِيَ لغيرِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ قُومُهَا
وَمُدَبِّرُوهَا ^(٣) . وَقَوْلُهُ : ﴿ وَابْتُلُوا الْيَتَامَى ﴾ . أَيِ اخْتَبِرُوهُمْ فِي حِفْظِهِمْ
لأَمْوَالِهِمْ .

١٩٣٤ - مسألة : (فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُمْ قَبْلَ الْإِذْنِ) لِأَنَّ تَصْحِيحَ
تَصَرُّفِهِمْ يُفْضِي إِلَى ضَيَاعِ أَمْوَالِهِمْ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَيْهِمْ .

١٩٣٥ - مسألة : (وَمَنْ دَفَعَ إِلَيْهِمْ مَالَهُ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ رَجَعَ فِيهِ
مَا كَانَ بَاقِيًا) لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ وَتَصَرُّفُهُمْ فَاسِدٌ . فَإِنْ أَتْلَفَهُ وَاحِدٌ مِنْهُمْ (فَهُوَ مِنْ

الإِنصاف
قال : ليس فيه اختلافٌ إِذَا اخْتَلَمَ ، أَوْ يَصِيرُ ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً . وَذَكَرَ بَعْضُ
الْأَصْحَابِ رَوَايَةً فِي صِحَّةِ إِبْرَائِهِ . فَالْهَيْبَةُ مِثْلُهُ . وَيَأْتِي ، هَلْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَغَيْرُهَا ،
أَمْ لَا ؟ .

قوله : وَمَنْ دَفَعَ إِلَيْهِمْ - يَعْنِي ، إِلَى الصَّبِيِّ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالسَّفِيهِ - مَالَهُ

(١) سورة النساء ٥ .

(٢) سورة النساء ٦ .

(٣) في الأصل : « مديروها » .

ضَمَانٍ مَالِكِهِ) وكذلك إن تَلَفَ في يَدِهِ ؛ لَأَنَّهُ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ بِرِضَاهُ ، وَسِوَاءُ (عِلْمٍ بِالْحَجَرِ) عَلَى السَّفِيهِ (أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) لَأَنَّهُ إِنْ عِلِمَ فَقَدْ فَرَطَ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَهُوَ مُفَرِّطٌ أَيْضًا ، إِذَا كَانَ فِي مَظَنَّةِ الشُّهْرَةِ . هَذَا إِذَا كَانَ صَاحِبُهُ قَدْ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا إِنْ حَصَلَ فِي يَدِهِ بِاخْتِيَارِ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيْطٍ ، كَالْوَدِيْعَةِ وَالْعَارِيَةِ ، فَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ إِنْ أَتْلَفَهُ أَوْ تَلَفَ بِتَفْرِيطِهِ ، إِنْ كَانَ سَفِيْهًا ؛ لَأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ صَاحِبِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ الْقَبْضُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَضْمَنَ ؛ لَأَنَّهُ عَرَضُهَا لِاتِّلَافِهِ وَسَلَّطَهُ عَلَيْهَا ، فَأُشْبِهَ الْمَبِيعَ .

بَيْعٍ ، أَوْ قَرْضٍ ، رَجَعَ فِيهِ مَا كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ تَلَفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانٍ مَالِكِهِ ، عِلْمُ الْإِنْصَافِ بِالْحَجَرِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ الْمَجْنُونُ . وَقِيلَ : يَضْمَنُ السَّفِيْهُ إِذَا جَهِلَ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » الضَّمَانَ مُطْلَقًا ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . ذَكَرَهُ الزُّرْكَانِيُّ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ ، كَتَصَرُّفِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَالْفَرَقُ عَلَى الْمَذْهَبِ عُسْرٌ .

تَنْبِيْهِ : مَحَلُّ هَذَا ، إِذَا كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ قَدْ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ ؛ كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ ، وَنَحْوِهِمَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ : فَأَمَّا إِنْ حَصَلَ فِي أَيْدِيهِمْ بِاخْتِيَارِ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيْطٍ ؛ كَالْوَدِيْعَةِ ، وَالْعَارِيَةِ ، وَنَحْوِهِمَا ، أَوْ أَعَارَ عَبِيدًا مَالًا فَاتْلَفُوهُ ، فَقِيلَ : لَا يَضْمَنُونَ

المقنع وإن جنّوا ، فعَلَيْهِمْ أَرْشُ الْجِنَايَةِ .

الشرح الكبير ١٩٣٦ - (مسألة : (وإن جنّوا فعَلَيْهِمْ أَرْشُ الْجِنَايَةِ))
[١١٨/٤ ط] أمّا ما أخذَه بغيرِ اختيارِ المالكِ ، كالْعَصَبِ وَالْجِنَايَةِ ، فعليه ضَمَانُهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا تَفْرِيطَ مِنَ الْمَالِكِ . وكذلك الْحُكْمُ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ .
(« وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ عَلَى مَا ذَكَرْنَا » . فَإِنْ أُوْدِعَ عِنْدَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، أَوْ أَعَارَهما ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا فِيمَا تَلَفَ بِتَفْرِيطِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْحِفْظِ . وَإِنْ أَتْلَفَا ، ففيه وَجْهَانِ ، نَذَكُرُهُمَا فِي الْوَدِيعَةِ .

الإنصاف ذلك . وقدمه في « الرّعاية » ، في بابِ الْوَدِيعَةِ . وهو اِحْتِمَالٌ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : يَضْمَنُونَ . اختاره القاضي . وقيل : يَضْمَنُ الْعَبْدُ وَحْدَهُ . وقد قُطِعَ في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُقْنِعِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، وغيرهم ، بَضْمَانِ الْعَبْدِ إِذَا أَتْلَفَ الْوَدِيعَةَ . وأُتْلِقَ في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، الْخِلَافَ فِي ضَمَانِ الصَّبِيِّ الْوَدِيعَةَ إِذَا أَتْلَفَهَا ، وكذلك أَتْلَقَهُ في « الرّعايتين » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وقيل : يَضْمَنُ الْعَبْدُ ، وَالسَّفِيهُ . وَأُتْلَقَهُنَّ في « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » . وَأُتْلَقَهُنَّ في « الْمُحَرَّرِ » ، في بابِ الْوَدِيعَةِ . ويأتى ذلك في كلامِ الْمُصَنِّفِ هُنَاكَ بِأَنَّهُ مِنْ هَذَا مُحَرَّرًا .

قوله : فَإِنْ جَنّوا ، فعَلَيْهِمْ أَرْشُ الْجِنَايَةِ . بلا نزاع . وَيَضْمَنُونَ أَيْضًا ، إِذَا أَتْلَفُوا شَيْئًا ، لم يُدْفَعْ إِلَيْهِمْ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

وَمَتَّى عَقْلَ الْمَجْنُونِ ، وَبَلَغَ الصَّبِيَّ ، وَرَشَدًا ، أَنْفَكَ الْحَجْرُ عَنْهُمَا
بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِمَا مَالَهُمَا ، وَلَا يَنْفَكَ قَبْلَ ذَلِكَ
بِحَالٍ .

١٩٣٧ - مسألة : (ومتى عَقْلَ الْمَجْنُونِ ، وَبَلَغَ الصَّبِيَّ ، وَرَشَدًا ،
أَنْفَكَ الْحَجْرُ عَنْهُمَا بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِمَا مَالَهُمَا ، وَلَا يَنْفَكَ
قَبْلَ ذَلِكَ بِحَالٍ) إذا عَقْلَ الْمَجْنُونُ وَرَشَدَ أَنْفَكَ الْحَجْرُ عَنْهُ ، وَلَا يَحْتَاجُ
إِلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ وَرَشَدَ . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَزُولُ إِلَّا بِحَاكِمٍ ^(١) . وَهُوَ قَوْلُ
بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ اجْتِهَادٍ وَنَظَرٍ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ فِي
مَعْرِفَةِ الْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ إِلَى اجْتِهَادٍ ، فَيُوقَفُ ذَلِكَ عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ ،
كَزَوَالِ الْحَجْرِ عَنِ السَّفِيهِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ عَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا
فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(٢) . أَمَرَ بِدَفْعِ أَمْوَالِهِمْ إِلَيْهِمْ عِنْدَ الْبُلُوغِ
وإِنِ اسَ الرُّشْدِ ، فَاشْتِرَاطُ حُكْمِ الْحَاكِمِ زِيَادَةٌ تَمْنَعُ الدَّفْعَ عِنْدَ وُجُودِ

قوله : ومتى عَقْلَ الْمَجْنُونِ ، وَبَلَغَ الصَّبِيَّ ، وَرَشَدًا ، أَنْفَكَ الْحَجْرُ عَنْهُمَا بِغَيْرِ
حُكْمٍ حَاكِمٍ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ :
لَا يَنْفَكَ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقِيلَ : لَا يَنْفَكَ فِي الصَّبِيِّ إِلَّا بِحُكْمِ
حَاكِمٍ ، وَيَنْفَكَ فِي غَيْرِهِ بِمُجَرَّدِ رُشْدِهِ .

(١) فِي ر ١ ، م : « بِحُكْمِ حَاكِمٍ » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٦ .

ذلك ، حتى يَحْكُمَ الحَاكِمُ ، وهذا مُخَالِفٌ لظاهرِ النَّصِّ ، ولأنَّه حَجَرٌ
ثَبَّتَ بغيرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ ، فَيَزُولُ بغيرِ حُكْمِهِ ، كالحَجَرِ على المَجْنُونِ ،
ولأنَّ الحَجَرَ عليه إنما كان لِعَجْزِهِ عن التَّصَرُّفِ في مالِهِ على وَجْهِ
المَصْلَحَةِ ، حِفْظًا لِمَالِهِ عليه ، فمتى بَلَغَ ورَشِدَ ، زال الحَجَرُ ؛ لزوالِ
سَبَبِهِ ، والسَّبَبُ لَنَا فيه مَنَعٌ . فعلى هذا ، الحَجَرُ مُنْقَسِمٌ إلى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛
قِسْمٌ يَزُولُ بغيرِ حُكْمِ الحَاكِمِ ، وهو الحَجَرُ للمَجْنُونِ . وقِسْمٌ لا يَزُولُ
إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، وهو الحَجَرُ لِلسَّفَهَةِ . وقِسْمٌ فيه الخِلَافُ ، وهو
الحَجَرُ لِلصَّبَا^(١) .

فصل : ومتى انْفَكَّ الحَجَرُ عنهما ، دُفِعَ إليهما مالُهُما ؛ لقَوْلِ اللَّهِ
تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . قال ابنُ
الْمُنْذِرِ : اتَّفَقُوا على ذلك . ولأنَّ مَنَعَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ إنما كان لِعَجْزِهِ عن
التَّصَرُّفِ ، حِفْظًا لِمَالِهِ ، فإذا صارَ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ ، زال الحَجَرُ ؛ لزوالِ
سَبَبِهِ .

فصل : ولا يَنْفَكُّ عنه الحَجَرُ ، ولا يُدْفَعُ إليه مالُهُ قبلَ البُلُوغِ
والرُّشْدِ ، ولو صارَ شَيْخًا . وهو قولُ الْأَكْثَرِينَ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَكْثَرُ
عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ ، وَالْحِجَازِ ، وَالشَّامِ ، وَمِصْرَ ، يَرَوْنَ
الحَجَرَ على كُلِّ مُضَيِّعٍ لِمَالِهِ ، صَغِيرًا كانَ أوْ كَبِيرًا . وبه قالُ الْقَاسِمِ بْنِ

محمد ، ومالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وروى
الجوزجاني ، في « كتابه » قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من
قريش ذي أهل ومال ، فلا يجوز له أمر في ماله دونه ؛ لضعف عقله .
قال ابن إسحاق : رأيته شيخاً يخضب ، وقد جاء إلى القاسم بن محمد ،
فقال : يا أبا محمد [١٩/٤] ادفع إلي مالي ، فإنه لا يؤلى على مثلي .
فقال : إنك فاسد . فقال : امرأته طالق البتة ، وكل مملوك له حر ، إن
لم تدفع إلي مالي . فقال القاسم بن محمد : وما يحل لنا أن ندفع إليك مالك
على حالك هذه . فبعث إلى امرأته ، وقال : هي حرة مسلمة ، وما كنت
لأحبسها عليك وقد فُتت بطلاقها . فأرسل إليها فأخبرها ذلك ، وقال :
أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة . فحبس رقيقه . قال ابن إسحاق :
ما كان يُعاب على الرجل إلا سفه . وقال أبو حنيفة : لا يُدفع ماله إليه
قبل خمس وعشرين سنة ، وإن تصرف نفذ تصرفه ، فإذا بلغ خمسا
وعشرين سنة ، فك الحجر عنه ودفع إليه ماله ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا
تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ ^(١) . وهذا قد
بلغ أشده ، ويصلح أن يكون جداً ، ولأنه حرُّ بالغ عاقل مكلف ، فلا يحجر
عليه ، كالرشيدي . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ
أَمْوَالَكُم ﴾ . أي أموالهم . وقوله تعالى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتِيمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا
النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . علق الدفع على

شَرْطَيْنِ ، وَالْحُكْمُ الْمُعَلَّقُ عَلَى شَرْطَيْنِ لَا يَثْبُتُ بَدُونَهُمَا . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ ^(١) . فَاثْبَتَ الْوَلَايَةَ عَلَى السَّفِيهِ ، وَلِأَنَّهُ مُبْدَرٌ ، فَلَمْ يَجْزِ دَفْعُ مَالِهِ إِلَيْهِ ، كَمَنْ لَهُ دُونَ ذَلِكَ . وَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي احْتَجَّ ^(٢) بِهَا ، فَإِنَّمَا تَدُلُّ بِدَلِيلِ خِطَابِهَا ، وَهُوَ « لَا يَقُولُ » ^(٣) بِهِ ، ثُمَّ هِيَ مُخَصَّصَةٌ فِيمَا قَبْلَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِعَلَّةِ السَّفِيهِ ، وَهُوَ مُوجُودٌ بَعْدَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ ، فَيَجِبُ أَنْ يُخَصَّ بِهِ أَيْضًا ، كَمَا أَنَّهَا لَمَّا خُصِّصَتْ فِي حَقِّ الْمَجْنُونِ لَجُنُونِهِ فِيمَا قَبْلَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ خُصِّصَتْ بَعْدَهَا . وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَنْطُوقِ أَوَّلَى مِمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ مِنَ الْمَفْهُومِ الْمُخَصَّصِ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ صَارَ يَصْلُحُ جَدًّا . لَا مَعْنَى تَحْتَهُ يَقْتَضِي الْحُكْمَ ، وَلَا لَهُ أَصْلٌ يَشْهَدُ لَهُ ^(٤) فِي الشَّرْعِ ، فَهُوَ إِبْثَاتٌ لِلْحُكْمِ بِالتَّحْكُمِ ، ثُمَّ هُوَ مُتَصَوِّرٌ مِمَّنْ لَهُ ^(٥) دُونَ هَذَا السَّنِّ ، فَإِنَّ الْمَرَأَةَ تَكُونُ جَدَّةً لِاخْدَى وَعِشْرِينَ سَنَةً . وَقِيَّاسُهُمْ مُتَقَبَضٌ بِمَنْ لَهُ دُونَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً ، فَمَا أَوْجَبَ الْحَجَرَ قَبْلَهَا يُوجِبُهُ بَعْدَهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ وَلَا إِقْرَارُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ بَيْعُهُ وَإِقْرَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْبَالِغَ عِنْدَهُ لَا يُحَجَرُ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا لَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ

(١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٢) في م : « احتجوا » .

(٣) في الأصل : « ما يفعل » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : « هو » .

وَالْبُلُوغُ [١١٨] يَحْصُلُ بِالِاخْتِلَامِ ، أَوْ بُلُوغِ خَمْسِ عَشْرَةِ
سَنَةٍ ، أَوْ نَبَاتِ الشَّعْرِ الْخَشِنِ حَوْلَ الْقَبْلِ ، وَتَزِيدُ الْجَارِيَةُ
بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ .

الشرح الكبير

ماله^(١) ؛ لِلآيَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ ؛ لَعَدَمِ رُشْدِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ
تَصَرُّفُهُ وَإِقْرَارُهُ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، وَلَأنَّهُ إِذَا نَفَذَ تَصَرُّفَهُ وَإِقْرَارَهُ تَلَفَ
مَالُهُ ، وَلَمْ يُفِدْ مِنْهُ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا ، وَلَأنَّ تَصَرُّفَهُ لَوْ كَانَ نَافِذًا ، لَسَلَّمَ إِلَيْهِ
مَالُهُ ، كَالرَّشِيدِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا مُنِعَ مَالَهُ حِفْظًا لَهُ ، فَإِذَا لَمْ يُحْفَظْ بِالْمَنْعِ ،
وَجَبَ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ بِحُكْمِ الْأَصْلِ .

[١١٩/٤ ط] ١٩٣٨ - مسألة : (وَالْبُلُوغُ يَحْصُلُ بِالِاخْتِلَامِ ، أَوْ
بُلُوغِ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةٍ ، أَوْ نَبَاتِ الشَّعْرِ الْخَشِنِ حَوْلَ الْقَبْلِ ، وَتَزِيدُ
الْجَارِيَةُ بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ) يَثْبُتُ الْبُلُوغُ فِي حَقِّ الْجَارِيَةِ وَالْغُلَامِ بِأَحَدِ
الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ ، وَهِيَ ؛ خُرُوجُ الْمَنِيِّ مِنَ الْقَبْلِ ، وَهُوَ الْمَاءُ
الدَّافِقُ الَّذِي يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ ، كَيْفَمَا خَرَجَ فِي يَقْظَةٍ أَوْ مَنْامٍ ، بِجَمَاعٍ
أَوْ اخْتِلَامٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، يَحْصُلُ بِهِ الْبُلُوغُ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِقَوْلِ

قوله : وَالْبُلُوغُ يَحْصُلُ بِالِاخْتِلَامِ - بِالنِّزَاعِ - أَوْ بُلُوغِ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةٍ ،
أَوْ نَبَاتِ الشَّعْرِ الْخَشِنِ حَوْلَ الْقَبْلِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَقَلَهُ
الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ . وَحُكِيَ عَنْهُ رَوَايَةٌ ، لَا يَحْصُلُ الْبُلُوغُ بِالنِّبَاتِ . وَقَالَ فِي
« الْفَاتَّقِ » : وَيَحْصُلُ الْبُلُوغُ بِإِكْمَالِ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةٍ . وَعَنْهُ ، الذِّكْرُ وَحْدَهُ .

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير
 الله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعِذْنَوا ﴾^(١) . وقوله :
 ﴿ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ﴾^(٢) . وقول النبي ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ
 عَنْ ثَلَاثٍ ؛ عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . رواه أبو داود^(٣) . قال ابن
 المنذر : أجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على الْمُحْتَلِمِ العاقل ،
 وعلى المرأة بظهور الحيض منها . الثاني ، السنُّ ، وهو بُلُوغُ خَمْسَ عَشْرَةَ
 سَنَةً ، « يَحْصُلُ بِهِ الْبُلُوغُ » في حقِّ الغلامِ والجارية . وبهذا قال

الإصناف
 قوله : وتزیدُ الجاريةُ بالحيضِ والحملِ . بلا نزاع . على الصحيح من
 المذهب . قال في « المُحرَّر » ، و « الفروع » : وَحَمْلُهَا دَلِيلُ [٢ / ١٤١ ط]
 إنزالها ، وقدره ، أَقْلُ مدَّةِ الحملِ . وكذا قال الزَّرْكَشِيُّ ، وغيرُهم . وعنه ،
 لا يَحْصُلُ بُلُوغُهَا بِغَيْرِ الْحَيْضِ . نقلها جماعة . قال أبو بكر : هذا قولُ أوَّلِ .
 فائدة : لو وُجِدَ مَنِيٌّ مِنْ ذَكَرٍ خُتِيَ مُشَكَّلٍ ، فهو عَلَمٌ على بُلُوغِهِ ، وَكَوْنُهُ
 رَجُلًا . وإنْ خَرَجَ مِنْ فَرْجِهِ ، أو حاضَ ، كان عَلَمًا على بُلُوغِهِ ، وَكَوْنُهُ امْرَأَةً .
 هذا الصحيح من المذهب . وجزم به في « الكافي » . وقدمه في « المُعْنَى » ،
 و « الشَّرْح » . وصحَّحه في « التَّلْخِص » . قال في « الرَّعَايَةِ » : والصَّحِيحُ ،
 أَنَّ الْإِنْزَالَ عِلَامَةُ الْبُلُوغِ مُطْلَقًا . وقدمه ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » . وقال القاضي :
 ليس واحدٌ منهما عَلَمًا على الْبُلُوغِ . قال في « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : إنْ حاضَ مِنْ
 فَرْجِ الْمَرْأَةِ ، أو احتَلَمَ منه ، أو أنزلَ مِنْ ذَكَرِ الرَّجُلِ ، لم يُحْكَمْ بِبُلُوغِهِ ؛ لِجَوَازِ

(١) سورة النور ٥٩ .

(٢) سورة النور ٥٨ .

(٣) تقدم تخرجه في ١٥/٣ .

(٤ - ٤) سقط من : م .

الأوزاعيُّ، والشافعيُّ، أبو يوسف، ومحمد. وقال داود: لا حَدَّ للبُلُوغِ من السنِّ؛ لقوله عليه السلام: «رُفِعَ الْقَلَمُ (عَنْ ثَلَاثٍ)؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ». وإثباتُ البُلُوغِ بغيره يُخَالِفُ الْخَبَرَ. وهذا قولُ مالكٍ. وقال أصحابه: سَبْعَ عَشْرَةَ، أو ثَمَانِي عَشْرَةَ. وعن أبي حنيفة في الغلامِ رَوَاتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، سَبْعَ عَشْرَةَ. والثاني، ثَمَانِي عَشْرَةَ، والجاريةُ سَبْعَ عَشْرَةَ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِتَوْقِيفٍ أَوْ اتِّفَاقٍ، وَلَا تَوْقِيفَ فِيمَا دُونَ هَذَا، وَلَا اتِّفَاقَ. ولنا، أَنَّ ابْنَ عُمَرَ قَالَ: عُرِضْتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ فَلَمْ يُجْزِنِي فِي الْقِتَالِ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فَأُجَازَنِي. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١). وفي لفظٍ: عُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ فَرَدَّنِي، وَلَمْ يَرِنِي بَلَعْتُ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فَأُجَازَنِي. فَأَخْبَرَ بِهَذَا عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، فَكَتَبَ إِلَى عُمَالِهِ: أَنْ لَا تَفْرِضُوا إِلَّا لِمَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ. رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ

كَوْنُهُ خِلْقَةً زَائِدَةً، وَإِنْ حَاضَ مِنْ فَرْجِ النِّسَاءِ، وَأُنْزَلَ مِنْ ذَكَرِ الرُّجُلِ، فَبَالِغٌ، بِلَا إِشْكَالٍ. انتهى. وَإِنْ خَرَجَ الْمَنِيُّ مِنْ ذَكَرِهِ، وَالْحَيْضُ مِنْ فَرْجِهِ، فَمُشْكَلٌ، وَيُثْبِتُ الْبُلُوغُ بِذَلِكَ. عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ. قَالَ الْقَاضِي: يَثْبُتُ الْبُلُوغُ بِهِ. جَزَمَ بِهِ فِي «التَّلْخِصِ»، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ»، وَ«الْحَاوِيَيْنِ»، وَ«الْفَائِقِ»، وَ«تَذْكِرَةِ ابْنِ عَبْدِوسٍ»، وَ«الْفُرُوعِ». وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي «شَرْحِهِ»، ذَكَرَهُ فِي بَابِ مِيرَاثِ الْخُنْثَى. وَتَقَدَّمَ كَلَامُهُ فِي «عُيُونِ الْمَسَائِلِ». وَقِيلَ: لَا

(١ - ١) سقط من: الأصل، ر، ق.

(٢) تقدم تخريجه في ٩/١٠.

في « مُسْنَدِهِ » ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(١) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَلَأَنَّ
السَّنَّ مَعْنَى يَحْصُلُ بِهِ الْبُلُوغُ ، يَشْتَرِكُ فِيهِ الْجَارِيَةُ وَالْغُلَامُ ، فَاسْتَوَيَا فِيهِ ،
كَالْإِنْتِزَالِ . وَمَا احْتَجَّ بِهِ مَالِكٌ وَدَاوُدُ لَا يَمْنَعُ إِبْنَاتَ الْبُلُوغِ بِغَيْرِ الْإِحْتِلَامِ
إِذَا ثَبَتَ بِالْذَّلِيلِ ، وَلِهَذَا كَانَ إِبْنَاتُ الشَّعْرِ عَلَمًا عَلَيْهِ . الثَّالِثُ ، نَبَاتُ الشَّعْرِ
الْحَشِينِ حَوْلَ ذِكْرِ الرَّجُلِ ، وَفَرْجِ الْمَرْأَةِ . فَأَمَّا الزَّعْبُ الضَّعِيفُ ، فَلَا
اعْتِبَارَ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي
قَوْلِهِ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : هُوَ بُلُوغٌ فِي حَقِّ الْمُشْرِكِينَ ، وَهَلْ هُوَ بُلُوغٌ فِي
حَقِّ الْمُسْلِمِينَ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا اعْتِبَارَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَبَاتُ
شَعْرٍ ، أَشْبَهَ سَائِرَ شَعْرِ الْبَدَنِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَكَمَ سَعْدَ بْنَ
مُعَاذٍ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، حَكَمَ بِأَنْ تُقْتَلَ مُقَاتِلَتُهُمْ وَتُسَبَّى ذُرَارِيُّهُمْ ، فَأَمَرَ بِأَنْ
يُكْشَفَ عَنْ [١٢٠/٤] مُؤْتَرِّهِمْ ، فَمَنْ أَثْبِتَ فَهُوَ مِنَ الْمُقَاتِلَةِ ، وَمَنْ لَمْ
يُثْبِتْ أَلْحَقُوهُ بِالذَّرِّيَّةِ . قَالَ عَطِيَّةُ الْقُرْظِيُّ : عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكُّوا فِيَّ ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُنْظَرَ إِلَيَّ ، هَلْ أَثْبِتُ بَعْدُ ؟
فَنَظَرُوا إِلَيَّ ، فَلَمْ يَجِدُونِي أَثْبِتُ بَعْدُ ، فَالْحَقُونِي بِالذَّرِّيَّةِ . مُتَّفَقٌ عَلَى

يُثْبِتُ بِذَلِكَ الْبُلُوغُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَإِنْ خَرَجَ الْمَعْنَى
وَالْحَيْضُ مِنْ مَخْرَجٍ وَاحِدٍ ، فَمُسْكِلٌ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَهَلْ يَثْبُتُ الْبُلُوغُ بِذَلِكَ ؟
فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ الصَّغِيرَى » ، وَ « الْقُرُوعِ » ،

(١) فِي حَاشِيَتِي ر ، ق : « عَزَوْهُ إِلَى الشَّافِعِيِّ وَالتِّرْمِذِيِّ وَهُمْ » .

وَقَدْ تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ عِنْدَ التِّرْمِذِيِّ وَالْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ فِي ٥١٢/٥ .

مَعْنَاهُ^(١) . وَكُتِبَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَى عَامِلِهِ ، أَنْ لَا تَأْخُذَ الْجِزْيَةَ إِلَّا مِمَّنْ جَرَتْ عَلَيْهِ الْمَوَاسِي^(٢) . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى بْنُ حَبَّانَ^(٣) ، أَنَّ غُلَامًا مِنَ الْأَنْصَارِ شَبَّبَ بِامْرَأَةٍ فِي شَعْرِهِ ، فَرُفِعَ إِلَى عُمَرَ ، فَلَمْ يَجِدْهُ أَنْبَتَ ، فَقَالَ : لَوْ أَنْبَتَ الشَّعْرُ^(٤) لَحَدَدْتُكَ^(٥) . وَلَأنَّهُ خَارِجٌ يُلَازِمُهُ الْبُلُوغُ غَالِبًا ، يَسْتَوِي فِيهِ الذَّكْرُ وَالْأُنْثَى ، فَكَانَ عَلَمًا عَلَى الْبُلُوغِ ، كَالْاِحْتِلَامِ . وَلَأنَّ الْخَارِجَ ضَرْبَانِ ؛ مُتَفَصِّلٌ ، وَمُتَّصِلٌ ، فَلَمَّا كَانَ مِنَ الْمُتَفَصِّلِ مَا يَثْبُتُ بِهِ الْبُلُوغُ ، كَذَلِكَ الْمُتَّصِلُ ، وَمَا كَانَ بُلُوغًا فِي حَقِّ الْمُشْرِكِ كَانَ بُلُوغًا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، كَالْاِحْتِلَامِ وَالسِّنِّ .

فصل : والحيضُ عَلَمٌ عَلَى الْبُلُوغِ فِي حَقِّ الْجَارِيَةِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .
وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » .
رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٦) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَكَذَلِكَ الْحَمْلُ يَحْصُلُ بِهِ الْبُلُوغُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَجْرَى الْعَادَةَ أَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يُخْلَقُ مِنْ مَاءِ الرَّجُلِ

و « الْفَائِقِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَحْصُلُ الْبُلُوغُ بِذَلِكَ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » .
وَالثَّانِي ، يَحْصُلُ بِهِ . قُلْتُ : وَهُوَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا ، فَقَدْ أَمْتَنِي ، وَإِنْ كَانَ

- (١) تقدم تخريج حديث تحكيم سعد بن معاذ في ٨٤/١٠ . وحديث عطية القرظي في ٦٨/١٠ .
- (٢) أخرجه البيهقي ، في : باب الزيادة على الدينار بالصلح ، من كتاب الجزية . السنن الكبرى ١٩٥/٩ .
- (٣) أبو عبد الله محمد بن يحيى بن حبان الأنصاري الفقيه ، كان يفتي ، ثقة كثير الحديث ، توفي سنة إحدى وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٥٠٧/٩ ، ٥٠٨ .
- (٤) سقط من : م .
- (٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ١٧٧/١٠ .
- (٦) تقدم تخريجه في ٢٠/٣ ، ١٩٧ .

وماء المرأة ، قال الله تعالى : ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾ ^(١) . وأخبر النبي ﷺ بذلك في الأحاديث . فعلى هذا ، يُحَكَّمُ بُلُوغُهَا فِي الْوَقْتِ الَّذِي حَمَلَتْ فِيهِ .

فصل : إذا وَجَدَ خُرُوجَ الْمَنِيِّ مِنْ ذَكَرٍ ^(٢) الْخُنْثَى الْمُشْكِكِلِ ، فهو عِلْمٌ عَلَى بُلُوغِهِ وَكَوْنِهِ رَجُلًا ، وَإِنْ خَرَجَ مِنْ فَرْجِهِ أَوْ حَاضَ ، كَانَ عِلْمًا عَلَى بُلُوغِهِ وَكَوْنِهِ امْرَأَةً . وقال القاضي : ليس واحدٌ منهما عِلْمًا عَلَى الْبُلُوغِ ، فَإِنْ اجْتَمَعَا فَقَدْ بَلَغَ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْفَرْجُ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ ذَلِكَ خِلْقَةً زَائِدَةً . ولنا ، أَنَّ خُرُوجَ الْبَوْلِ مِنْ أَحَدِ الْفَرْجَيْنِ دَلِيلٌ عَلَى ذُكُورِيَّتِهِ أَوْ أُنْثَوِيَّتِهِ ، فَخُرُوجُ الْمَنِيِّ وَالْحَيْضِ أَوْلَى ، وَإِذَا ثَبَتَ كَوْنُهُ رَجُلًا خَرَجَ الْمَنِيُّ مِنْ ذَكَرِهِ ، أَوْ امْرَأَةً خَرَجَ الْحَيْضُ مِنْ فَرْجِهَا ، لَزِمَ وَجُودُ الْبُلُوغِ ، وَلِأَنَّ خُرُوجَ مَنِيِّ الرَّجُلِ مِنَ الْمَرْأَةِ ، أَوْ الْحَيْضِ مِنَ الرَّجُلِ ، مُسْتَحِيلٌ ، فَكَانَ دَلِيلًا عَلَى التَّعْيِينِ ، وَإِذَا ثَبَتَ التَّعْيِينُ ، لَزِمَ كَوْنُهُ دَلِيلًا عَلَى الْبُلُوغِ ، كَمَا لَوْ ^(٣) تَعَيَّنَ قَبْلَ خُرُوجِهِ ، وَلِأَنَّهُمْ سَلَّمُوا أَنَّ خُرُوجَهُمَا [١٢٠/٤ ظ] مَعًا دَلِيلٌ ^(٤) عَلَى الْبُلُوغِ ،

أُنْثَى ، فَقَدْ أُمِنَتْ وَحَاضَتْ ، وَكِلَاهُمَا يَخْصُلُ بِهِ الْبُلُوغُ . ثُمَّ وَجَدْتُ صَاحِبَ « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » قَطَعَ بِذَلِكَ ، وَعَلَّلَهُ بِمَا قُلْنَا .

(١) سورة الطارق ٥ - ٧ .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، ر ١ .

(٤) (٤ - ٤) في م : « عليه » .

فَخُرُوجُ أَحَدِهِمَا مُنْفَرِدًا أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ خُرُوجَهُمَا مَعًا يَقْتَضِي تَعَارُضَهُمَا
وإِسْقَاطَ دَلَالَتِهِمَا ، إِذْ لَا يَتَصَوَّرُ أَنْ يَجْتَمِعَ حَيْضٌ صَحِيحٌ وَمَنِيٌّ رَجُلٍ ،
فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا فَضْلَةً خَارِجَةً مِنْ غَيْرِ مَحَلِّهَا ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ
أَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ ، فَتَبْطُلُ دَلَالَتُهُمَا ، كَالْبَيْتَيْنِ إِذَا تَعَارَضَتَا ، وَكَالْبَوْلِ إِذَا
خَرَجَ مِنَ الْمَخْرَجَيْنِ جَمِيعًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا مُنْفَرِدًا ، فَإِنَّ
اللَّهَ تَعَالَى أَجْرَى الْعَادَةِ بِأَنَّ الْحَيْضَ يَخْرُجُ مِنْ فَرْجِ الْمَرْأَةِ عِنْدَ بُلُوغِهَا ،
وَمَنِيَّ الرَّجُلِ يَخْرُجُ مِنْ ذَكَرِهِ عِنْدَ بُلُوغِهِ ، فَإِذَا وُجِدَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ
مُعَارِضٍ ، وَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ حُكْمُهُ ، وَيُقْضَى بِثَبُوتِ دَلَالَتِهِ ، كَالْحُكْمِ
بَكُونِهِ رَجُلًا بِخُرُوجِ الْبَوْلِ مِنْ ذَكَرِهِ ، وَبَكُونِهِ أُنْثَى بِخُرُوجِهِ مِنْ
فَرْجِهِ^(١) ، وَالْحُكْمِ لِلْغُلَامِ بِالْبُلُوغِ بِخُرُوجِ الْمَنِيِّ مِنْ ذَكَرِهِ ، وَلِلْجَارِيَةِ
بَخُرُوجِ الْحَيْضِ مِنْ فَرْجِهَا . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ خَرَجَا جَمِيعًا ، لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ
رَجُلًا وَلَا امْرَأَةً . وَهَلْ يَثْبُتُ الْبُلُوغُ بِذَلِكَ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَثْبُتُ .
وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا ، فَقَدْ خَرَجَ
الْمَنِيُّ مِنْ ذَكَرِهِ ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى ، فَقَدْ حَاصَتْ . وَالثَّانِي ، لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّ
هَذَا يَجُوزُ أَنْ لَا يَكُونَ حَيْضًا وَلَا مَنِيًّا ، فَلَا يَكُونُ فِيهِ دَلَالَةٌ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى
ذَلِكَ تَعَارُضُهُمَا ، فَانْتَفَتْ دَلَالَتُهُمَا عَلَى الْبُلُوغِ ، كَانْتِفَاءِ دَلَالَتِهِمَا عَلَى
الذُّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ .

المقنع والرُّشدُ الصَّلاحُ في المَالِ .

الشرح الكبير

١٩٣٩ - مسألة : (والرُّشدُ الصَّلاحُ في المَالِ) وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالكٌ ، وأبو حنيفة . وقال الحسن ، والشافعي ، وابن المنذر : الرُّشدُ الصَّلاحُ في الدينِ والمَالِ ؛ لأنَّ الفاسق^(١) غير رَشِيدٍ ، ولأنَّ إفساده دينه يمنع الثقة به في حفظ ماله ، كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره ، وإن لم يُعرف منه كذب ولا تبذير . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ عَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . قال ابن عباس : يَعْنِي صَلَاحًا فِي أَمْوَالِهِمْ . وقال مجاهد : إذا كان عاقلاً . ولأنَّ هذا إثبات في نكرة ، ومن كان مُصْلِحًا لماله فقد وجد منه رُشدٌ^(٢) ، ولأنَّ العَدَالَةَ لَا تُعْتَبَرُ فِي الرُّشْدِ فِي الدَّوَامِ ، فَلَا تُعْتَبَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ ، كَالرُّهْدِ فِي الدُّنْيَا ، وَلأنَّ هَذَا مُصْلِحٌ لِمَالِهِ ، فَأَشْبَهَ الْعَدْلَ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ إِنَّمَا كَانَ لِحِفْظِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، وَالْمُؤَثِّرُ فِيهِ مَا أَثَّرَ فِي تَضْيِيعِ الْمَالِ أَوْ حِفْظِهِ . قَوْلُهُمْ : إِنَّ الْفَاسِقَ غَيْرُ رَشِيدٍ . قُلْنَا : هُوَ غَيْرُ رَشِيدٍ فِي دِينِهِ ، أَمَّا فِي مَالِهِ وَحِفْظِهِ فَهُوَ رَشِيدٌ ، ثُمَّ هُوَ مُنْتَقِضٌ بِالْكَافِرِ [١٢١/٤] فَإِنَّهُ غَيْرُ رَشِيدٍ فِي دِينِهِ ، وَلَا يُحَجَرُ عَلَيْهِ لذلِكَ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مَنَعِ قَبُولِ الْقَوْلِ مَنَعٌ^(٣) دَفْعَ

الإِنصاف

قوله : والرُّشدُ ؛ الصَّلاحُ في المَالِ . يَعْنِي ، لَا غَيْرُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : الرُّشدُ ؛ الصَّلاحُ في الْمَالِ وَالْدِّينِ . قَالَ : وَهُوَ الْأَلَيُّ بِمَذْهَبِنَا . قَالَ فِي « التَّلْخِيسِ » : وَنَصَّ عَلَيْهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْفَاسِدُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الرُّشْدُ » .

(٣) فِي م : « مِنْهُ » .

وَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالَهُ حَتَّى يُخْتَبَرَ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ التُّجَّارِ ، فَإِنَّهُ
يَتَكَرَّرُ مِنْهُ الْبَيْعُ وَالشُّرَاءُ ، فَلَا يُعْبَنُ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الرُّؤَسَاءِ
وَالْكَتَّابِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَوْفَى عَلَى وَكَيْلِهِ فِيمَا وَكَّلَهُ فِيهِ . وَالْجَارِيَةُ
بِشِرَائِهَا الْقُطْنِ ، وَاسْتِجَادَتِهِ ، وَدَفْعِهَا الْأُجْرَةَ إِلَى الْغَزَّالَاتِ ،
وَالِاسْتِيفَاءِ عَلَيْهِنَّ .

المشنع الشرح الكبير ، فَإِنَّ مَنْ يُعْرِفُ بِكَثْرَةِ الْغَلْطِ وَالنَّسْيَانِ ، أَوْ مَنْ يَأْكُلُ فِي السُّوقِ ،
وَيَمْدُرُ جُلَيْهِ فِي مَجْمَعِ النَّاسِ ، لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ ، وَتُدْفَعُ إِلَيْهِمْ أَمْوَالُهُمْ .
١٩٤٠ - مسألة : (وَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالَهُ حَتَّى يُخْتَبَرَ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْرِفُ
رُشْدَهُ بِاخْتِبَارِهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَدْعُونَكُم بِأَمْوَالِهِمْ لِيُشْفُوهُمْ ﴾ . أَيْ اخْتَبِرُوهُمْ ،
وَاخْتِبَارُهُ بِتَقْوِيضِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يَتَصَرَّفُ فِيهَا أَمْثَالُهُ إِلَيْهِ (فَإِنْ كَانَ مِنْ
أَوْلَادِ التُّجَّارِ) فَوُضَّ إِلَيْهِ الْبَيْعُ وَالشُّرَاءُ (فَإِذَا تَكَرَّرَ مِنْهُ ، فَلَمْ يُعْبَنَ) وَلَمْ
يُضَيِّعْ مَا فِي يَدَيْهِ ، فَهُوَ رَشِيدٌ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الدَّهَّاقِينَ وَالكُتَّابِ
الَّذِينَ يُصَانُ أَمْثَالُهُمْ عَنِ الْأَسْوَاقِ ، دُفِعَتْ إِلَيْهِ نَفَقَةُ مَدَّةٍ ؛ لِيُنْفِقَهَا فِي
مَصَالِحِهِ ، فَإِنْ صَرَفَهَا فِي مَصَارِفِهَا وَمَوَاقِعِهَا ، وَاسْتَوْفَى عَلَى وَكَيْلِهِ فِيمَا
وَكَّلَهُ فِيهِ ^(١) ، وَاسْتَقْصَى عَلَيْهِ ، دَلَّ عَلَى رُشْدِهِ . وَالْمَرْأَةُ يُفَوِّضُ إِلَيْهَا مَا
يُفَوِّضُ إِلَى رَبَّةِ الْبَيْتِ ، مِنْ اسْتِجَارِ الْغَزَّالَاتِ ، وَتَوَكِيلِهَا فِي شِرَاءِ الْكَتَّانِ ،
وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . فَإِنْ وَجَدَتْ ضَابِطَةً لِمَا فِي يَدَيْهَا ، مُسْتَوْفِيَةً مِنْ وَكَيْلِهَا ،
فَهِىَ رَشِيدَةٌ .

فائدة : قَوْلُهُ : وَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالَهُ حَتَّى يُخْتَبَرَ - يَعْنِي ، بِمَا يَلِيقُ بِهِ ، وَيُؤْنَسُ

الإنصاف

(١) سقط من : م .

وَأَنْ يَحْفَظَ مَا فِي يَدِهِ عَنْ صَرْفِهِ فِيمَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ ؛ كَالْغِنَاءِ ،
وَالْقِمَارِ ، وَشِرَاءِ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَنَحْوِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُدْفَعُ إِلَى الْجَارِيَةِ
مَالُهَا بَعْدَ رُشْدِهَا ، حَتَّى تَتَزَوَّجَ وَتَلِدَ ، أَوْ تُقِيمَ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ سَنَةً .

١٩٤١ - مسألة : (وَأَنْ يَحْفَظَ مَا فِي يَدِهِ عَنْ صَرْفِهِ فِيمَا لَا فَائِدَةَ

فيه ؛ كَالْغِنَاءِ ، وَالْقِمَارِ ، وَشِرَاءِ الْمُحَرَّمَاتِ) وَشِرَاءِ آلَاتِ اللِّهْوِ
وَالْخَمْرِ ، وَأَنْ يَتَوَصَّلَ بِهِ إِلَى الْفَسَادِ ، فَهَذَا غَيْرُ رَشِيدٍ ؛ لِأَنَّهُ تَبْذِيرٌ لِمَالِهِ ،
وَتَضْيِيعُهُ فِيمَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ . فَإِنْ كَانَ فَسَقَهُ بِالْكَذِبِ وَالتَّهَاؤُنِ بِالصَّلَاةِ ،
مَعَ حِفْظِهِ لِمَالِهِ ، لَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ مِنْ دَفْعِ مَالِهِ إِلَيْهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

١٩٤٢ - مسألة : (وَعَنْهُ ، لَا يُدْفَعُ إِلَى الْجَارِيَةِ مَالُهَا بَعْدَ رُشْدِهَا ،
حَتَّى تَتَزَوَّجَ وَتَلِدَ ، أَوْ تُقِيمَ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ سَنَةً) الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ
أَنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا بَلَغَتْ وَرُشِدَتْ ، دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا ، كَالْغُلَامِ ، وَزَالَ الْحَجْرُ
عَنْهَا وَإِنْ لَمْ تَتَزَوَّجَ . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ
الْجَارِيَةَ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا مَالُهَا ، حَتَّى تَتَزَوَّجَ وَتَلِدَ ، أَوْ تُقِيمَ سَنَةً فِي بَيْتِ الزَّوْجِ .
رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِمَا رَوَى
عَنْ شُرَيْحٍ أَنَّهُ قَالَ : عَهْدُ إِلَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، أَنْ لَا أُجِيزَ لْجَارِيَةٍ عَطِيَّةً
حَتَّى تَحُولَ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا حَوْلًا ، أَوْ تَلِدَ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » .

رُشْدُهُ - فَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ التُّجَّارِ ، فَإِنْ يَتَكَرَّرُ مِنْهُ الْبَيْعُ وَالشُّرَاءُ ، فَلَا يُعْبَنُ .
يَعْنِي ، لَا يُعْبَنُ فِي الْغَالِبِ ، وَلَا يَفْحَشُ .

قوله : وَأَنْ يَحْفَظَ مَا فِي يَدِهِ عَنْ صَرْفِهِ فِيمَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ ؛ كَالْقِمَارِ ، وَالْغِنَاءِ ،

وَلَا يُعْرِفُ لَهُ مُخَالَفٌ ، فَصَارَ إِجْمَاعًا . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا مَالُهَا حَتَّى تَتَزَوَّجَ ، وَيَدْخُلَ عَلَيْهَا زَوْجُهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ حَالَةٍ جَازٍ لِلْأَبِ تَزْوِيجُهَا مِنْ غَيْرِ [١٢١/٤ ط] إِذْنُهَا ، لَمْ يَنْفَكْ عَنْهَا الْحَجَرُ ، كَالصَّغِيرَةِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . وَلِأَنَّهَا يَتِيمٌ بَلَغَ وَأُورِسَ مِنْهُ الرُّشْدُ ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ ، كَالرَّجُلِ ، وَلِأَنَّهَا بِالْعَةِ رَشِيدَةٌ ، فَجَازَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا ، كَالَّتِي دَخَلَ بِهَا الزَّوْجُ ، وَحَدِيثُ عُمَرَ ، إِنْ صَحَّ ، فَلَمْ نَعْلَمْ ائْتِشَارَهُ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَا يَتَرَكُ بِهِ الْكِتَابُ وَالْقِيَاسُ ، وَعَلَى أَنَّ حَدِيثَ عُمَرَ مُخْتَصٌّ بِمَنْعِ الْعَطِيَّةِ ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْهُ الْمَنْعُ مِنْ تَسْلِيمِ مَالِهَا إِلَيْهَا وَمَنْعُهَا مِنْ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ ، وَمَالِكٌ لَمْ يَعْمَلْ بِهِ ، وَإِنَّمَا اعْتَمَدَ عَلَى إِجْبَارِ الْأَبِ لَهَا عَلَى النِّكَاحِ . وَلَنَا أَنْ نَمْنَعَهُ ، وَإِنْ سَلَّمْنَاهُ ، فَإِنَّمَا أُجْبِرَهَا عَلَى النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ اخْتِبَارَهَا لِلنِّكَاحِ وَمَصَالِحِهِ لَا يُعْلَمُ إِلَّا بِمُبَاشَرَتِهِ ، وَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُعَامَلَاتِ مُمَكِّنَةٌ قَبْلَ النِّكَاحِ . وَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، إِذَا لَمْ تَتَزَوَّجْ أَصْلًا اخْتَمَلَ أَنَّ يَدُومَ الْحَجَرُ عَلَيْهَا ؛ عَمَلًا بِعُمُومِ حَدِيثِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ شَرْطُ دَفْعِ مَالِهَا إِلَيْهَا ، فَلَمْ يَجْزِ دَفْعُهُ إِلَيْهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تَرُشَدْ . وَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي أَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَيْهَا مَالُهَا إِذَا عَنَسَتْ (وَبَرَزَتْ) لِلرِّجَالِ . يَعْنِي كَبُرَتْ .

وَشِرَاءِ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَنَحْوِهِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ وَجَمَاعَةٌ : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّ التَّبْدِيرَ وَالْإِسْرَافَ ، مَا أَخْرَجَهُ فِي الْحَرَامِ . قَالَ فِي « النَّهَائَةِ » : أَوْ يَصْرِفُهُ فِي صِدْقَةٍ

المقنع . وَوَقْتُ الْإِخْتِبَارِ قَبْلَ الْبُلُوغِ . وَعَنْهُ ، بَعْدَهُ .

الشرح الكبير ١٩٤٣ - مسألة : (وَوَقْتُ الْإِخْتِبَارِ قَبْلَ الْبُلُوغِ) في إحدَى الروايتين . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ :

الإنصاف تَضَرُّ بِعِيَالِهِ ، أَوْ كَانَ وَحْدَهُ وَلَمْ يَثِقْ بِإِيْمَانِهِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : أَوْ أَخْرَجَهُ فِي مَبَاحٍ قَدْرًا زَائِدًا عَلَى الْمَصْلَحَةِ . انتهى . وهو الصَّوَابُ .

تنبيه : دَخَلَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ وَرَشَدَتْ ، دَفَعَ إِلَيْهَا مَالَهَا . وهو الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، كَالْغَلَامِ . وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ .

• وعنه ، لَا يَدْفَعُ إِلَى الْجَارِيَةِ مَالَهَا ، وَلَوْ (١) بَعْدَ رُشْدِهَا ، حَتَّى تَتَزَوَّجَ وَتَلَدَ ، أَوْ (٢) تَقِيمَ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ سَنَةً . اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » ، وَالشَّيْرَازِيُّ فِي « الْإِيضَاحِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ الْمَنْصُوصُ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، إِذَا لَمْ تَتَزَوَّجْ ، فَقِيلَ : يَبْقَى الْحَجْرُ عَلَيْهَا . وَهُوَ اخْتِمَالٌ لِلْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَبْقَى مَا لَمْ تَعْنَسْ . قَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي ، إِذَا لَمْ تَتَزَوَّجْ ، يُدْفَعُ إِلَيْهَا مَالُهَا ، إِذَا عَنَسَتْ وَبَرَزَتْ لِلرِّجَالِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْكَافِي » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَوَقْتُ الْإِخْتِبَارِ ، قَبْلَ الْبُلُوغِ - هَذَا الْمَذْهَبُ بِلَا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ - وَعَنْهُ ، بَعْدَهُ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَهُوَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

﴿وَأَبْتَلُوا الَّتِي تَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ . فظاهر الآية أَنَّ ابْتِلَاءَهُمْ قَبْلَ الْبُلُوغِ لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ سَمَّاهُمْ يَتَامَى ، وَإِنَّمَا يَكُونُونَ يَتَامَى قَبْلَ الْبُلُوغِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ مَدَّ اخْتِبَارَهُمْ إِلَى الْبُلُوغِ بِلَفْظٍ : ﴿حَتَّى﴾ . فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ اخْتِبَارَ قَبْلَهُ ، وَلَأنَّ تَأْخِيرَ اخْتِبَارِهِ إِلَى الْبُلُوغِ مُؤَدٍّ^(١) إِلَى الْحَجْرِ عَلَى الْبَالِغِ الرِّشِيدِ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ يَمْتَدُّ إِلَى أَنْ يُخْتَبَرَ وَيُعْلَمَ رُشْدُهُ ، وَاخْتِبَارُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ يَمْنَعُ ذَلِكَ ، فَكَانَ أَوَّلَى . لَكِنْ لَا يُخْتَبَرُ إِلَّا الْمُرَاهِقُ الْمُمَيِّزُ الَّذِي يَعْرِفُ الْبَيْعَ وَالشُّرَاءَ ، وَالْمَصْلَحَةَ مِنَ الْمَفْسَدَةِ . وَإِذَا أُذِنَ لَهُ وَلِيَّهُ فَتَصَرَّفَ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ ، عَلَى مَا نَذَرُوه (وَعَنْهُ) أَنَّ اخْتِبَارَهُ (بَعْدَ الْبُلُوغِ) أَوْ مَأً إِلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ قَبْلَ ذَلِكَ تَصَرَّفٌ مِمَّنْ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ مَظِنَّةُ الْعَقْلِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذَا الْوَجْهِ .

و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْهَادِي » ، الْإِنصَافِ و « التَّلْخِيسِ » . وَقِيلَ : بَعْدَهُ لِلجَّارِيَةِ ؛ لِنَقْصِ خَبَرِهَا ، وَقَبْلَهُ لِلْغَلَامِ .

فائدة : لَا يُخْتَبَرُ إِلَّا الْمُمَيِّزُ وَالْمُرَاهِقُ الَّذِي يَعْرِفُ الْبَيْعَ وَالشُّرَاءَ ، وَالْمَصْلَحَةَ وَالْمَفْسَدَةَ . وَيَبْغِي الْاخْتِبَارَ^(٢) ، وَشِرَاؤُهُ صَحِيحٌ ، بَلَا نِزَاعٍ . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْبَيْعِ ، التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَحُكْمُ تَصَرُّفِهِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ .

(١) فِي ر ، ق : « مُرَدِّهِ » .

(٢) فِي ط : « الْاخْتِيَارِ » .

فَصْلٌ : وَلَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِلَّا لِلْأَبِ ، ثُمَّ لَوْصِيهِ ، ثُمَّ لِلْحَاكِمِ .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَلَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِلَّا لِلْأَبِ) لِأَنَّهَا وَلَايَةٌ عَلَى الصَّغِيرِ ، فَقُدِّمَ فِيهَا الْأَبُ ، كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ (ثُمَّ وَصِيهِ) بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبُهُ ، أَشْبَهَ وَكَيْلَهُ فِي الْحَيَاةِ (ثُمَّ لِلْحَاكِمِ) لِأَنَّ الْوِلَايَةَ انْقَطَعَتْ مِنْ جِهَةِ الْقَرَابَةِ ، فَتَثْبُتُ لِلْحَاكِمِ ، كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ . وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، أَنَّ الْجَدَّ يَقُومُ مَقَامَ الْأَبِ فِي الْوِلَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَبٌ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ [٢٢٧/٤] لَا يُدْلِي بِنَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا يُدْلِي بِالْأَبِ الْأَدْنَى ، فَلَمْ يَلِ مَالَ الصَّغِيرِ ، كَالْأَخِ ، وَلِأَنَّ الْأَبَ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ ، بِخِلَافِ الْجَدِّ ، وَتَرِثُ الْأُمُّ مَعَهُ ثُلُثَ الْبَاقِي فِي زَوْجٍ وَأُمٌّ وَأَبٍ وَزَوْجَةٍ "وَأُمٌّ أَبٍ" ، بِخِلَافِ الْجَدِّ ، فَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَيْهِ . فَأَمَّا مَنْ سِوَاهُمْ فَلَا تَثْبُتُ لَهُ وَلَايَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ مَحَلُّ الْجَنَائَةِ ، وَمَنْ سِوَاهُمْ قَاصِرُ الشَّفَقَةِ ، غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَى الْمَالِ ، فَلَمْ يَلِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَمِنْ شَرْطِ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ عَلَى الْمَالِ الْعَدَالَةُ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ فِي تَقْوِيضِهَا إِلَى الْفَاسِقِ تَضْيِيعًا لِلْمَالِ ، فَلَمْ يُجْزَ ، كَتَقْوِيضِهَا إِلَى السَّفِيهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي السَّفِيهِ إِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ صَغِيرًا وَاسْتَدَامَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ .

قوله : وَلَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِلَّا لِلْأَبِ . يَسْتَحِقُّ الْأَبُ الْوِلَايَةَ عَلَى الصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ ، بِإِزَاعٍ ، لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ رَشِيدًا ، وَيَكْفِي كَوْنُهُ مَسْتَوْرَ الْحَالِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،

و «الرعايتين»، و «الحاويتين»، و «الفائق»، و «تذكرة ابن عبدوس»، وغيرهم: وليهما الأب ما لم يُعلم فسقه. قلت: وهو الصواب. وقيل: يشترط عدالته ظاهراً [١٤٢/٢] وباطناً. قال في «المُنور»: وولي الصبي والمجنون الأب، ثم الوصي العدلان. وأطلقهما في «الرعاية».

تنبيه: ظاهر قوله: ثم لوصيه، ثم للحاكم. أن الجد والأم وسائر العصبات ليس لهم ولاية. وهو المذهب الذي عليه أكثر الأصحاب. وهو ظاهر ما جزم به في «المعنى»، و «التلخيص»، و «الشرح»، و «الوجيز»، وغيرهم. واختاره ابن عبدوس في «تذكرته» وغيره. وقدمه في «الفروع»، و «الرعايتين»، و «الحاويتين»، و «الفائق»، و «المحرر»، و «التنظيم». وعنه، للجد ولاية. قال في «الفائق»: وهو المختار. فعلها، يُقدم على الحاكم، بلانزاع، ويُقدم على الوصي، على الصحيح. وقدمه في «الرعايتين»، و «الحاويتين». قلت: وهو الصواب. وجزم به في «الزبدة». وقيل: يُقدم الوصي عليه. وأطلقهما في «المحرر»، و «الفروع»، و «التنظيم»، و «الفائق». وذكر القاضي، أن للأم ولاية. وقيل: لسائر العصبة ولاية أيضاً بشرط العدالة. اختاره الشيخ تقي الدين. ذكره عنه في «الفائق»، ثم قال: قلت: ويشهد له حجر ابن علي أبيه عند خرفه. انتهى. قلت: الذي يظهر أنه حيث قلنا: للأم والعصبة ولاية. أنهم كالجد في التقديم على الحاكم وعلى الوصي. على الصحيح.

فائدتان؛ إحداهما، يُشترط في الحاكم ما يُشترط في الأب، فإن لم يكن كذلك، أو لم يوجد حاكم، فأمين يقوم به. اختاره الشيخ تقي الدين، وقال: الحاكم عاجز كالعدم. الثانية، يلي كافر عدل مال ولده الكافر. على الصحيح.

المنع وَلَا يَجُوزُ لَوْلِيَّهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِمَا ، إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْحِظِّ لَهُمَا ، فَإِنْ تَبَرَّعَ ، أَوْ حَابَى ، أَوْ زَادَ عَلَى الثَّقَّةِ عَلَيْهِمَا ، أَوْ عَلَى مَنْ [١١٨ ط] تَلَزُمُهُمَا مُؤَنَّتُهُ بِالْمَعْرُوفِ ، ضَمِينَ .

الشرح الكبير ١٩٤٤ - مسألة : (وليس لوليَّهما التَّصَرُّفُ في مَالِهِمَا ، إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْحِظِّ لهما) (١) وما لا حِظَّ فيه (٢) ، ليس له التَّصَرُّفُ به ؛ كَالْعِتْقِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالتَّبَرُّعَاتِ ، وَالْمُحَابَاةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ (٣) . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » (٤) . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ (٥) . وَهَذَا فِيهِ

الإنصاف مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَاخْتَارَهُ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » : وَيَلِي الْكَافِرُ الْعَدْلُ فِي دِينِهِ مَالٌ وَلَدِهِ . عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَصَحَّحَهُ شَيْخُنَا فِي « تَصْحِيحِ الْمُحَرَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَقِيلَ : لَا يَلِيهِ ، وَإِنَّمَا يَلِيهِ الْحَاكِمُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَيَأْتِي : هَلْ يَلِي مَالَ الذَّمِّيَّةِ الَّتِي يَلِي نِكَاحَهَا مِنْ مُسْلِمٍ ؟ فِي بَابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَيَلِي الذَّمِّيُّ نِكَاحَ مُؤَلَّتِهِ . مَعَ أَنَّ الْحُكْمَ هُنَا يَشْمَلُهُ .

قوله : وَلَا يَجُوزُ لَوْلِيَّهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِمَا ، إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْحِظِّ لهما - بِلَا نِزَاعٍ - فَإِنْ تَبَرَّعَ ، أَوْ حَابَى ، أَوْ زَادَ عَلَى الثَّقَّةِ عَلَيْهِمَا ، أَوْ عَلَى مَنْ يَلْزُمُهُمَا مُؤَنَّتُهُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة الأنعام ١٥٢ ، سورة الإسراء ٣٤ .

(٣) في م : « ضرار » .

(٤) تقدم تخريجه في ٣٦٨/٦ .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِهِمَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، وَلَا يَبِيعَهُمَا ، إِلَّا الْمَنْعُ
الْأَبُّ .

الشرح الكبير

إِضْرَارٌ . فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ ، أَوْ زَادَ عَلَى النَّفَقَةِ عَلَيْهِمَا ، أَوْ عَلَى مَنْ تَلَزَّمَهُمَا مُؤَنَّتَهُ بِالْمَعْرُوفِ ، ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ ، فَضَمِنَ ، كَتَصَرُّفِهِ فِي مَالٍ غَيْرِهِمَا ^(١) .

١٩٤٥ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِهِمَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، وَلَا يَبِيعَهُمَا ، إِلَّا الْأَبُّ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ عَلَيْهِ ؛ لِكَمَالِ شَفَقَتِهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَزَادُوا الْجَدَّ . وَقَالَ زُفَرٌ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ حُكْمَانِ مُتَضَادَّانِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا يَلِي بِنَفْسِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، كَالسَّيِّدِ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ ، وَلَا نُسَلِّمُ مَا ذَكَرَهُ مِنْ تَعَلُّقِ حُقُوقِ الْعَقْدِ بِالْعَاقِدِ ^(٢) . فَأَمَّا الْجَدُّ ، فَلَا وِلَايَةَ لَهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، فَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَلِأَنَّ التُّهْمَةَ بَيْنَ الْأَبِّ وَوَلَدِهِ مُنْتَفِيَةٌ ، إِذْ مِنْ طَبْعِهِ الشَّفَقَةُ عَلَيْهِ وَالْمِيلُ إِلَيْهِ وَتَرَكُ حَظَّ نَفْسِهِ لِحَظِّهِ ، وَبِهَذَا فَارَقَ الْوَصِيَّ وَالْحَاكِمَ وَأَمِينَهُ ،

الإنصاف

بِالْمَعْرُوفِ ، ضَمِنَ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقُطِعَ بِهِ الْأَكْثَرُ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : ضَمِنَ فِي الْأَصَحِّ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . قُلْتُ : وَهَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا .

قوله : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِهِمَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، وَلَا يَبِيعَهُمَا إِلَّا الْأَبُّ . هَذَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « غَيْرِهِ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَغَيْرِهِ » .

المقنع وَلَوْلِيَّهِمَا مَكَاتِبَةٌ رَقِيقَتُهُمَا ، وَعِثُّهُ عَلَى مَالٍ ،

الشرح الكبير

فَأَمَّا الْحَاكِمُ وَالْوَصِيُّ ، فَلَا يَجُوزُ لهما ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَّهِمَانِ فِي طَلَبِ الْحِظِّ لَأَنْفُسِهِمَا ، فَلَمْ يَجْزُ ذَلِكَ لهما ، بِخِلَافِ الْأَبِ .

١٩٤٦ - مسألة : (وَلَوْلِيَّهِمَا مَكَاتِبَةٌ رَقِيقَتُهُمَا ، وَعِثُّهُ عَلَى مَالٍ)
إِذَا كَانَ الْحِظُّ فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ قِيمَتُهُ أَلْفًا فَيُكَاتِبُهُ بِالْفَيْنِ ، أَوْ يُعِثُّهُ بِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا حِظٌّ ، لَمْ يَصِحَّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ إِعْتَاقُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ بِمَالٍ تَغْلِيْقٌ لَهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ وَلِيُّ الْيَتِيمِ ، كَالْتَّغْلِيْقِ عَلَى دُخُولِ الدَّارِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَجُوزُ كِتَابَتُهُ وَلَا إِعْتَاقُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُمَا الْعِتْقُ دُونَ الْمُعَاوَضَةِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَالْإِعْتَاقِ بِغَيْرِ عَوَضٍ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، لِلْيَتِيمِ فِيهَا حِظٌّ ، فَمَلَكَهَا وَلِيُّهُ ، كَبَيْعِهِ ، وَلَا عِبْرَةَ بِنَفْعِ الْعَبْدِ ، وَلَا يَضُرُّهُ كَوْنُهُ تَغْلِيْقًا [١٢٢/٤ ط] فَإِنَّهُ إِذَا حَصَلَ لِلْيَتِيمِ حِظٌّ ، لَمْ يَضُرَّهُ نَفْعُ غَيْرِهِ ، وَلَا كَوْنُ الْعِتْقِ حَصَلَ بِالتَّغْلِيْقِ . وَفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَا نَفْعَ فِيهِ ؛ لِعَدَمِ الْحِظِّ ، وَانْتِفَاءِ الْمُقْتَضَى ، لِإِمَّا ذِكْرِهِ . وَلَوْ قُدِّرَ أَنْ يَكُونَ فِي الْعِتْقِ بِغَيْرِ مَالٍ نَفْعٌ ، كَانَ نَادِرًا . وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ عَلَى مَالٍ بِقَدَرِ قِيمَتِهِ أَوْ أَقَلَّ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِعَدَمِ الْحِظِّ فِيهِ . وَقَالَ أَبُو

الإصناف

المذهب ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ الشَّرَاءُ مِنْ مَالِهِمَا إِنْ وَكَّلَ مَنْ يَبِيعُهُ هُوَ ، وَيَسْتَقْصِي فِي الثَّمَنِ بِالنَّدَاءِ فِي الْأَسْوَاقِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » .

قوله : وَلَوْلِيَّهِمَا مَكَاتِبَةٌ رَقِيقَتُهُمَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . إِلَّا أَنَّهُ قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِ الْحَاكِمِ .

وَتَزْوِيجُ إِمَائِهِمَا ، وَالسَّفَرُ بِمَالِهِمَا ، وَالْمُضَارَبَةُ بِهِ . وَلَهُ دَفْعُهُ
مُضَارَبَةً بِجُزْءٍ مِنَ الرَّبْحِ ،
المقنع

بكر : يَتَوَجَّهُ جَوَازُ الْعِتْقِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، لِلحَظِّ فِيهِ ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ لَهُ جَارِيَةٌ
وَأَبْنَاهَا يُسَاوِيَانِ مِائَةَ مُجْتَمِعَتَيْنِ ، وَلَوْ أَفْرَدْتَ إِحْدَاهُمَا سَاوَتْ مَائَتَيْنِ ، وَلَا
يُمْكِنُ إِفْرَادُهَا بِالْبَيْعِ ، فَيُعْتَقُ الْأُخْرَى ؛ لِتَكْثُرِ قِيَمَةُ الْبَاقِيَةِ ، فَتَصِيرُ ضِعْفًا
قِيَمَتِهَا ^(١) .

١٩٤٧ - مسألة : (و) له (تزويج إمائهما) إذا وجب
تزويجهن ، بأن يطلبن ذلك ، أو يرى المصلحة فيه ؛ لأنه ولي عليهن
وقائم مقام مالكن ، فكان له تزويجهن ، كالمالك .

١٩٤٨ - مسألة : (و) له (السفر بمالهما) للتجارة فيه
(والمضاربة) بمال اليتيم والمجنون (وله أن يدفعه مضاربةً بجزءٍ من

تبينه : مفهوم قوله : وعتقه على مالٍ . أنه لا يجوز عتقه مجاناً مطلقاً . وهو
الصحيح ، وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وعنه ، يجوز مجاناً
لمصلحة . اختاره أبو بكر ؛ بأن تساوى أمة ولدها مائة ، ويساوى أحدها مائة .
قلت : ولعل هذا كالمتفق عليه .

فائدة : من شرط صحة مكاتبة رقيقهما وعتقه على مالٍ ، أن يكون فيه حظ
لها ؛ مثل أن يساوى ألفاً ، فيكاتبه على ألفين ، أو يعتقه عليهما ، ونحو ذلك ، فإن
لم يكن فيه حظ لهما ، لم يصح .

قوله : وتزويج إمائهما . هذا الصحيح من المذهب . قال في « المغنى » ،

(١) في م : « قيمتهما » .

الرَّبِّحِ (أَبَا كَانَ أَوْ وَصِيًّا ، أَوْ حَاكِمًا ، أَوْ أَمِينٍ حَاكِمٍ ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهِ . وَمَنْ رَأَى ذَلِكَ ابْنَ عُمَرَ ، وَالنَّخَعِيَّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَمَالِكُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، (وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ) . وَيُرَوَّى إِبَاحَةُ التَّجَارَةِ بِهِ عَنْ عُمَرَ ، وَعَائِشَةَ ، وَالضُّحَّاكِ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا كَرِهَهُ إِلَّا الْحَسَنَ ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ اجْتِنَابَ الْمُخَاطَرَةِ بِهِ ، وَرَأَى أَنَّ خَزَنَةَ أَحْفَظُ لَهُ .

الشرح الكبير

و « الشَّرْح » : وَلَهُ تَزْوِيجُ إِمَائِهِمَا إِذَا وَجِبَ تَزْوِيجُهُنَّ ؛ بَأَنَّ يَطْلُبَنَّ ذَلِكَ ، أَوْ يَرَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ . وَقَطَعَا بِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : لَهُ ذَلِكَ عَلَى الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنهُ ، لَا يَجُوزُ ذَلِكَ . وَعَنهُ ، يَجُوزُ لَخَوْفِ فُسَادِهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَجْزُ .

الإنصاف

فَائِدَةٌ : الْعَبْدُ فِي ذَلِكَ كَالْإِمَاءِ ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَعَنهُ ، لَا يُزَوِّجُ الْأَمَةَ وَإِنْ جَازَ تَزْوِيجُ الْعَبْدِ ؛ لَتَأْكُدَ حَاجَتَهُ إِلَيْهَا . قُلْتُ : يَحْتَمِلُ الْعَكْسَ ؛ لِرَفْعِ مُؤَنِّيَّتِهَا ، وَحُصُولِ صِدَاقِهَا ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ .

قَوْلُهُ : وَالسَّفَرُ بِمَا لِهَمَّا . إِذَا أَرَادَ الْوَلِيُّ السَّفَرَ بِمَا لِهَمَّا ، فَلَا يَخْلُوا ؛ إِمَّا أَنْ يُسَافِرَ بِهِ لِتِجَارَةٍ ، أَوْ غَيْرِهَا ، فَإِنْ سَافَرَ بِهِ لِتِجَارَةٍ ، جَازَ . لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَغَيْرِهِمْ ، لَكِنْ لَا يَتَجَرُّ إِلَّا فِي الْمَوَاضِعِ الْآمِنَةِ . وَحَمَلَ الشَّارِحُ ، وَابْنُ مُنَجِّجٍ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ عَلَيْهِ . وَإِنْ سَافَرَ بِهِ لِغَيْرِ التَّجَارَةِ ، مِثْلُ أَنْ يَغْرِضَ لَهُ سَفَرًا ، جَازَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَصَاحِبِ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،

الشرح الكبير

« وَقَوْلُ الْجُمْهُورِ أَوْلَى ^(١) ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ » ^(٢) . وَرَوَى مَوْقُوفًا عَلَى عُمَرَ ^(٣) ، وَهُوَ أَصَحُّ مِنَ الْمَرْفُوعِ . وَلَأنَّ ذَلِكَ أَحْظُّ ^(٤) لِلْمَوْلَى عَلَيْهِ ؛ لِتَكُونَ نَفَقَتُهُ مِنْ فَاضِلِهِ

و « الْخُلَاصَةُ » ، و « الْمُستَوْعِب » ، و « الْمُحَرَّر » ، و « الْوَجِيز » ، الإِنصاف و « الْفَائِق » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّد » : وَلَا يُسَافِرُ بِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، إِجْرَاءُ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : وَلَهُ السَّفَرُ بِمَالِهِ [٢ / ١٤٢ ط] ، خِلَافًا « لِلْمُجَرَّد » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الْكَافِي » . وَلَيْسَ بِمُرَادٍ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ فِي « الْكَافِي » ، و « الْمُعْنَى » بِجَوَازِ السَّفَرِ بِهِ لِلتَّجَارَةِ ، وَمَنْعَ مِنَ السَّفَرِ بِهِ لِغَيْرِهَا .

قوله : وَالمُضَارَبَةُ بِهِ . يَعْنِي ، أَنَّ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ فِي مَالِ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ لَا يَسْتَحِقُّ أَجْرَهُ ، بَلْ جَمِيعُ الرِّبْحِ لِلْمَوْلَى عَلَيْهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَإِنْ أَتَجَرَ بِنَفْسِهِ ، فَلَا أَجْرَةَ لَهُ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « الْوَجِيزِ » .

(١ - ١) فِي م : « وَهُوَ قَوْلُ الْجُمْهُورِ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي ١٥١/٧ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « عُمَرُ » .

وَأَخْرَجَ الْمَوْقُوفَ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابٍ مِنْ تَحِبِّ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ ، وَبَابِ تِجَارَةِ الْوَصِيِّ بِمَالِ الْيَتِيمِ إِقْرَاضُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٧/٤ ، ٢/٦ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : بَابِ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِي مَالِ الْوَصِيِّ أَوْ الْيَتِيمِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ١١٠/٢ .

(٤) فِي م : « أَحْظُّ » .

المقنع وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلتَّيْمِ ،
.....

الشرح الكبير وربحه ، كما يفعلُه البائعون في أموالهم . إلا أنه لا يتجرُّ إلا في المواضع الآمنة ، ولا يدفعه إلا إلى الأمان ، ولا يُعزُّرُ به ، وقد روى عن عائشة أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر . فيَحْتَمِلُ أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ، ويَحْتَمِلُ أنها جعلت ضمانه عليها إن هلك .

١٩٤٩ - مسألة : (والربح كله للتيم) يعني إذا اتجر الولي^(١) بنفسه . وأجاز الحسن بن صالح ، وإسحاق ، أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه ؛ لأنه جاز له أن يدفعه بذلك ، فجاز أن يأخذه بذلك له . ويتخرَّج لنا مثل ذلك ، كما قلنا في الشريك إذا فعل بنفسه ما يجوز له الإجارة عليه ،

الإنصاف وقدمه في « المغني » . وصححه في « الرعايتين » ، و « الحاويين » . وقيل : يستحق الأجرة . وهو تخريج في « المغني » وغيره من الأجنيبي . واختاره الشيخ تقي الدين . ذكره عنه في « الفائق » . قلت : وهو قوي .

قوله : وله دفعه مضاربة . هذا الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، لا يجوز .

قوله : بجزء من الربح . هو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » ، و « الكافي » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : بأجرة مثله . وقيل : بأقلهما . اختاره ابن عقيل .

(١) سقط من : الأصل ، م .

الشرح الكبير

فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، كَذَلِكَ هَذَا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ .
(١) وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ نَمَاءٌ مَالِ الْيَتِيمِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّهُ غَيْرُهُ إِلَّا
بِجَعْدٍ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ الْوَلِيُّ الْمُضَارَبَةَ لِنَفْسِهِ (٢) .

١٩٥٠ - مسألة : فَأَمَّا إِنْ دَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ ، فَلِلْمُضَارِبِ مَا جَعَلَ لَهُ
الْوَلِيُّ وَوَافَقَهُ عَلَيْهِ [١٢٣/٤] فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ نَائِبٌ عَنِ
الْيَتِيمِ فِيمَا فِيهِ مَصْلَحَتُهُ ، وَهَذَا فِيهِ مَصْلَحَتُهُ ، فَأُشْبِهَ تَصَرُّفَ الْمَالِكِ فِي
مَالِهِ .

فصل : وَلَهُ إِبْضَاعُ مَالِهِ ، وَهُوَ دَفَعُهُ إِلَى مَنْ يَتَجَرُّ بِهِ . وَالرِّبْحُ كُلُّهُ
لِلْيَتِيمِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ دَفَعُهُ بجزءٍ مِنْ رِبْحِهِ ، فَدَفَعَهُ إِلَى مَنْ يُوقِرُ الرِّبْحَ أُولَى .
١٩٥١ - مسألة : (و) يَجُوزُ لَهُ (بَيْعُهُ نَسَاءً) إِذَا كَانَ لَهُ الْحِظُّ
فِي ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ أَكْثَرُ ثَمَنًا وَأَنْفَعَ ، لَكِنْ يَحْتَاطُ عَلَى الثَّمَنِ ، بِأَنْ
يَأْخُذَ بِهِ رَهْنًا أَوْ كَفِيلًا مَوْثُوقًا بِهِ (٣) ، يَتَحَفَّظُ الثَّمَنُ بِهِ .

قوله : وَبَيْعُهُ نَسَاءً . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ .
الإنصاف قال في « الفروع » : وَلَهُ بَيْعُهُ نَسَاءً عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : وَبَيْعُهُ نَسَاءً
مَلِيًّا بَرَهْنٍ يَحْفَظُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ
الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ،
وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ .

(١ - ١) جَاءَ هَذَا فِي الْأَصْلِ بَعْدَ قَوْلِهِ : « فَجَازَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِذَلِكَ لَهُ » فِي الصَّفْحَةِ السَّابِقَةِ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

المقنع وَقرضه برهن ،

الشرح الكبير

١٩٥٢ - مسألة : (و) له (قرضه برهن) إذا لم يكن في قرض مال اليتيم حظ له ، لم يجز ، وإن كان في قرضه حظ لليتيم ، جاز . قال أحمد : لا يُقرض مال اليتيم لأحدٍ يريد مكافأته ومودته ، ويُقرض على النظر والشفقة ، كما صنع ابن عمر . وقيل لأحمد : « ابن عمر » اقترض^(١) مال اليتيم . قال : إنما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً ، إن أصابه شيء غرمه . قال القاضي : ومعنى الحظ أن يكون للصبي مال في بلد ، فيريد نقله إلى بلد آخر ، فيقرضه من رجل في ذلك البلد ؛ ليقضيه بدله في بلده ، يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله ، أو يخاف عليه الهلاك من نهب

الإصناف

قوله : وقرضه . يجوز قرضه لمصلحة . على الصحيح من المذهب ، نص عليه . وهو من المفردات . قال في « الوجيز » : ولمصلحة يُقرضه . قال في « الفروع » : وله قرضه ، على الأصح ، لمصلحة . قال في « الرعاية الكبرى » : وله قرضه على الأصح مليئاً . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الكافي » ، و « المحرر » ، وغيرهم . وقدمه في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاويين » ، و « الفائق » . قال في « المغنى » ، و « الشرح » : يُقرضه لحاجة سفر ، أو خوف عليه ، أو غيرهما ، وعنه ، لا يُقرضه مطلقاً .

قوله : برهن . هذا أحد الوجهين . جزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ،

(١ - ١) في ١ : « عمر » .

(٢) في الأصل : « اقترض » .

الشرح الكبير

أَوْ غَرَقٍ أَوْ غَيْرِهَا ، أَوْ يَكُونُ مِمَّا يَتَلَفُ بِتَطَاوُلِ مُدَّتِهِ ، أَوْ حَدِيثُهُ خَيْرٌ مِنْ قَدِيمِهِ ، كَالْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا ، فَيُقْرِضُهُ خَوْفًا مِنَ الشُّوسِ ، أَوْ نَقْصِ قِيَمَتِهِ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَيَجُوزُ الْقَرْضُ ؛ لِأَنَّ لِلْيَتِيمِ فِيهِ حَظًّا ، فَجَاز ، كَالْتِّجَارَةِ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَظٌّ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِ الْيَتِيمِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كِهَيْبَتِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْوَلِيُّ السَّفَرَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمُسَافَرَةُ بِمَالِهِ ، فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُودِعَ مَالَ الْيَتِيمِ ، فَقَرْضُهُ لثَقَّةٍ أَوْلَى مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تُضْمَنُ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ ثَقَّةً يَسْتَقْرِضُهُ ، فَلَهُ إِيدَاعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ . وَإِنْ أَوْدَعَهُ مَعَ إِمْكَانِ قَرْضِهِ ، جَاز ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا رَأَى الْإِيدَاعَ أَوْلَى مِنَ الْقَرْضِ ، فَلَا يَكُونُ مُفَرِّطًا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَهُ قَرْضُهُ . فَلَا يَجُوزُ إِلَّا لِلْمَلِكِ أَوْ لِأَمِينٍ ؛ لِثَبَاتِ جُحُودِهِ وَتَعَدُّرِ الْإِيْفَاءِ . وَيَتَّبِعِي أَنْ يَأْخُذَ رَهْنًا إِنْ أَمَكَتْهُ ، فَإِنْ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ أَخْذُ الرَّهْنِ ، جَازَ تَرْكُهُ ، فِي

و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمَهَادِي » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، الْإِنْصَافِ ، و « النَّظْمِ » ، و « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، فَقَالَ : يُقْرِضُهُ بِرَهْنٍ . قَالَ نَازِلُ « الْمُفْرَدَاتِ » : قَطَعَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَسِيْقُ كَلَامِهِمْ ، لِحَظِّهِ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَفِي قَرْضِهِ بِرَهْنٍ وَإِشْهَادِ رَوَايَتَانِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : وَفِي قَرْضِهِ بِرَهْنٍ رَوَايَتَانِ . انْتَهَى . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ قَرْضِهِ لِلْمَصْلَحَةِ ، سِوَاءَ كَانَ بِرَهْنٍ ، أَوْ لَا ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَيَمْلِكُ قَرْضُهُ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : فَإِنْ لَمْ يَأْخُذْ رَهْنًا ، جَازَ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْفَاتِقِ » .

ظاهر كلام أحمد ؛ لأن الظاهر أن من يستقرضه لحظَّ اليتيم لا يئذُل رهنًا ،
فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ . وظاهر كلام شيخنا في الكتاب^(١)
المشروح ، أنه لا يجوز^(٢) إلا برهن^(٣) . وكذلك ذكره أبو الخطاب ؛
لأن فيه احتياطًا للمال ، وحفظًا له عن الجحد والمطل . فإن أمكنه
أخذ الرهن ، فالأولى له أخذه ، احتياطًا للمال^(٤) . فإن تركه ، احتمل أن
يضمن إن ضاع المال ؛ لتفريطه ، واحتمل أن لا يضمن ؛ لأن الظاهر سلامته .
وهذا ظاهر كلام أحمد ؛ لكونه لم يذكر الرهن . [١٢٣/٤ ط]

فوائد ؛ الأولى ، قال في « المعنى » ، و « الشرح » : فإن أمكن أخذ
الرهن ، فالأولى له أخذه احتياطًا ، فإن تركه ، احتمل أن يضمن إن ضاع المال ؛
لتفريطه . واحتمل أن لا يضمن ؛ لأن الظاهر سلامته . وهذا ظاهر كلام الإمام
أحمد ؛ لكونه لم يذكر الرهن . قلت : إن رأى المصلحة وأقرضه ، ثم تلف ، لم
يضمن . وأطلقهما في « الفائق » . الثانية ، يجوز إيداعه مع إمكان قرضه . ذكره
في « المعنى » ، و « الشرح » . قال في « الفروع » : فظاهره ، متى جاز
قرضه ، جاز إيداعه . وظاهر كلام الأكثر ، يجوز إيداعه ؛ لقولهم : يتصرف
بالمصلحة . وقد يراه مصلحة ، ولهذا جاز - مع إمكان قرضه - أن يملكه
الشريك ، في إحدى الروايتين ، دون القرض ؛ لأنه تبرع ، والوديعة استنابة في
حفظ . لاسيما إن جاز للوكيل التوكيل . ولهذا يتوجه في المودع رواية ، ويتوجه
أيضا في قرض الشريك رواية . قال : وقال في « الكافي » : لا يؤدعه إلا الحاجة ،
ويقرضه لحظه بلا رهن ، وأنه لو سافر أودعه ، وقرضه أولى . انتهى . الثالثة ،

(١) في م : « هذا الكتاب » .

(٢ - ٣) سقط من : م .

وَشِرَاءُ الْعَقَارِ لَهُمَا ، وَبِنَاؤُهُ بِمَا جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ بَلَدِهِ بِهِ ، إِذَا رَأَى الْمَقْنَعِ الْمَصْلَحَةَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ .

فصل : قال أبو بكر : هل يجوزُ للوصي أن يستنيب فيما يتولَّى مثله بنفسه ؟ على روايتين ، بناءً على الوكيل . وقال القاضي : يجوزُ ذلك للوصي ، وفي الوكيل روايتان . وفرق بينهما بأن الوكيل يُمكنه الاستئذان ، والوصي بخلافه .

١٩٥٣ - مسألة : (و) له (شراءُ العقارِ لهما ، وبنائُهُ بما جرت عادةُ أهلِ بلدِهِ به ، إذا رأى المصلحةَ في ذلك كله) لأنه مصلحةٌ له ، فإنه يحصلُ له الفضلُ ، ويبقى الأصلُ ، والغررُ فيه أقلُّ من التجارة ؛ لأنَّ أصله محفوظٌ .

حيث قلنا : يُقرضه . فلا يُقرضه لمودَّةٍ ومُكافأةٍ . نصَّ عليه . الرَّابِعَةُ ، قال في «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» وغيره : ولا يُقترضُ وصيٌّ ولا حاكمٌ منه شيئاً . ويأتي (١) في باب الشُّفْعَةِ ، أنه (١) يلزمه أن يأخذَ بالشفعةِ إذا كان ذلك أحظَّ . الخامسة ، يجوزُ رهنُ مالِهما للحاجةِ عند ثِقَةٍ ، ولأب أن يَرْتَهِنَ مالَهما من نفسه ، ولا يجوزُ لغيره ، على المذهب . وفي «المُعْنَى» روايةٌ ، بالجوازِ لغيره . قال الزُّرْكَانِيُّ : وفيها نظرٌ .

قوله : وشراءُ العقارِ لهما ، وله بناءُهُ بما جرت عادةُ أهلِ بلدِهِ به . هكذا قال المُصَنِّفُ في «المُعْنَى» ، و «الشرح» ، وصاحبُ «الرَّعَايَتَيْنِ» ، و «الحاوِيَتَيْنِ» ، و «الوجيز» ، و «تَذَكُّرَةُ ابْنِ عَبْدِوَسَّ» ، وغيرهم . قال المُصَنِّفُ [١٤٣/٢] ، والشارحُ : وقال أصحابنا : يَنْبِيهِ بِالْأَجْرِ وَالطَّيْنِ ، ولا

(١ - ١) في الأصل ، ط : « في الشفيع أن » .

فصل : وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبْنِيَ لهما عَقَارًا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الشَّرَاءِ ، (١) إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرَاءُ (٢) أَحْظَ ، وَهُوَ مُمَكِّنٌ ، فَيَتَعَيَّنُ تَقْدِيمُهُ . وَإِذَا أَرَادَ بِنَاءَهُ ، بَنَاهُ بِمَا يَرَى الْحَظَّ فِيهِ ، مِمَّا جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ الْبَلَدِ بِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَبْنِيهِ بِالْآجُرِّ وَالطِّينِ ، وَلَا يَبْنِي بِاللِّينِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا هُدِمَ لَا مَرْجُوعَ لَهُ ، وَلَا بَجْصٌ ؛ لِأَنَّهُ يَلْتَصِقُ بِالْآجُرِّ فَلَا يَخْلُصُ مِنْهُ ، فَإِذَا انْهَدَمَ فَسَدَ الْآجُرُّ ؛ لِأَنَّ تَخْلِيصَهُ مِنْهُ يُفْضِي إِلَى كَسْرِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالَّذِي قُلْنَاهُ أَوْلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ الْحَظُّ لَهُ فِي الْبِنَاءِ بَغِيرِهِ ، فَتَرَكَهُ ، ضَيَّعَ حَظَّهُ وَمَالَهُ ، وَلَا يَجُوزُ تَضْيِيعُ الْحَظِّ الْعَاجِلِ وَتَحْمُلُ الضَّرَرِ النَّاجِزِ الْمُتَيَقِّنِ ؛ لِتَوَهُمِ مَصْلَحَةِ بَقَاءِ الْآجُرِّ عِنْدَ هَدْمِ الْبِنَاءِ ، وَلَعَلَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ فِي حَيَاتِهِ وَلَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ ، مَعَ أَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْبُلْدَانِ لَا يُوجَدُ فِيهَا الْآجُرُّ ، وَكَثِيرٌ مِنْهَا لَمْ تَجِرْ عَادَتُهُمْ بِالْبِنَاءِ بِهِ ، فَلَوْ كَلَّفُوا الْبِنَاءَ بِهِ ، لَاجْتِنَابًا إِلَى غَرَامَةٍ كَثِيرَةٍ لَا يَحْصُلُ مِنْهَا طَائِلٌ . فَعَلَى هَذَا ، يُحْمَلُ قَوْلُ أَصْحَابِنَا عَلَى مَنْ عَادَتُهُمُ الْبِنَاءُ بِالْآجُرِّ ، كَالْعِرَاقِ وَنَحْوِهَا ، وَلَا يَصِحُّ حَمْلُهُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ ، وَإِنَّمَا يَفْعَلُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الشَّرَاءِ وَالْبِنَاءِ ، إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِيهِ وَالْحَظَّ لهما .

الإِنْصَافُ يَبْنِيهِ بِاللِّينِ . وَحَمَلًا كَلَامُهُمْ عَلَى مَنْ عَادَتُهُمْ ذَلِكَ ، وَهُوَ أَوْلَى . وَأَجْرَاهُ فِي « الْفَائِقِ » عَلَى ظَاهِرِهِ ، وَجَعَلَ الْأَوَّلَ اخْتِيَارَ الْمُصَنِّفِ .

وَلَهُ شِرَاءُ الْأُضْحِيَّةِ لِلْيَتِيمِ الْمُسِيرِ . نَصَّ عَلَيْهِ .

المقنع

الشرح الكبير

١٩٥٤ - مسألة : (وله شِرَاءُ الْأُضْحِيَّةِ لِلْيَتِيمِ الْمُسِيرِ . نَصَّ عَلَيْهِ) إذا كان له مالٌ كثيرٌ لا يتضررُ بِشِرَائِهَا ، فيكون ذلك على وجهِ التَّوَسُّعِ في التَّفَقُّعِ في هذا اليومِ الذي هو يومُ عيدٍ وفرحٍ ، وفيه جبرٌ قلبه ، وإلحاقه بمن له أبٌ ، فيُنزَلُ منزِلَةُ الثَّيَابِ الْحَسَنَةِ وشِرَاءِ اللَّحْمِ ، سِيَّما مع اسْتِحْبَابِ التَّوَسُّعِ في هذا اليومِ ، وَجَرَى الْعَادَةُ بِهَا^(١) ؛ بِدَلِيلِ قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّهَا أَيَّامُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وَذِكْرِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ » . رواه مسلم^(٢) . وهذا قولُ أبي حنيفةً ، ومالكٍ . قال مالكٌ : إذا كان له ثلاثون ديناراً ، يُضْحَى عنه بالشاةِ يَصْفَ دينارٍ . وعن أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، روايةٌ أُخْرَى ، « أَنَّ ذَلِكَ^(٣) لَا يَجُوزُ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِخْرَاجُ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، فلم يَجُزْ ، كَالْهَدِيَّةِ . قال شيخنا^(٤) : وَيَحْتَمِلُ أَنْ

قوله : وله شِرَاءُ الْأُضْحِيَّةِ لِلْيَتِيمِ الْمُسِيرِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وهو المذهبُ . يعنى ، يُسْتَحَبُّ لَهُ شِرَاؤها . قال في « الفروع » : وَالتَّضَحُّيَةُ لَهُ عَلَى الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » هُنَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَعَنهُ ، لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » : يَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي الرَّوَايَتَيْنِ عَلَى حَالَيْنِ ؛ فَالْمَوْضِعُ الَّذِي مَنَعَ مِنْهُ ، إِذَا كَانَ الطِّفْلُ لَا يَعْقِلُ التَّضَحُّيَةَ ، وَلَا يَفْرَحُ بِهَا ، وَلَا

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تحريجه في ٥٤٣/٧ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) في : المغنى ٣٧٨/١٣ ، ٣٧٩ .

يُحْمَلُ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي الرَّوَايَتَيْنِ عَلَى حَالَيْنِ ، فَاَلْمَوْضِعُ الَّذِي مَنَعَ التَّضْحِيَةَ ، إِذَا كَانَ الطِّفْلُ لَا يَعْقِلُ التَّضْحِيَةَ ، [١٢٤/٤] وَلَا يَفْرَحُ بِهَا ، وَلَا يَنْكَسِرُ قَلْبُهُ بِتَرْكِهَا ؛ لَعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِيهَا ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي أَجَازَهَا إِذَا كَانَ الْيَتِيمُ يَعْقِلُهَا ، وَيَنْجَبِرُ قَلْبُهُ بِهَا ، وَيَنْكَسِرُ بِتَرْكِهَا ؛ لِحُصُولِ الْفَائِدَةِ فِيهَا . وَعَلَى كُلِّ حَالٍ ، مَنْ ضَحَّى عَنِ الْيَتِيمِ ، لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ مِنْهَا ، وَيُوفِّرُهَا لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ الصَّدَقَةُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ تَطَوُّعًا .

فصل : ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به ، وألین فی الجبر ، وأمكن في حصول الأدم ، فهو أولى . وإن كان إفراده أرفق به ، أفرده ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَكُمُ ﴾ (١) . أَى ضَيَّقَ عَلَيْكُمْ وَشَدَّدَ ، مِنْ قَوْلِهِمْ : أَعْنَتَ فُلَانٌ فُلَانًا . إِذَا ضَيَّقَ عَلَيْهِ وَشَدَّدَ .

يَنْكَسِرُ قَلْبُهُ بِتَرْكِهَا . وَالْمَوْضِعُ الَّذِي أَجَازَهَا ، عَكْسُ ذَلِكَ . انتهى . وذكره في « النظم » قَوْلًا . وَأَطْلَقَ الرَّوَايَتَيْنِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ » ، فِي بَابِ الْأُضْحِيَةِ . وَذَكَرَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، عَنْ أَحْمَدَ ، تَجِبُ الْأُضْحِيَةُ عَنِ الْيَتِيمِ الْمُوسِرِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ مِنْهَا بِشَيْءٍ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ . فَيُعَانِي بِهَا . قُلْتُ : وَلَوْ قِيلَ بِجَوَازِ التَّصَدَّقِ مِنْهَا بِمَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، لَكَانَ مُتَجَهِّيًا ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ التَّنْبِيْهُ عَلَيْهِ فِي بَابِهِ .

(١) سورة البقرة ٢٢٠ .

وَتَرْكُهُ فِي الْمَكْتَبِ ، وَأَدَاءُ الْأَجْرَةِ عَنْهُ ، وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُمَا إِلَّا
لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِ الثُّلُثِ فَصَاعِدًا .

الشرح الكبير ١٩٥٥ - مسألة : (و) يَجُوزُ (تَرْكُهُ فِي الْمَكْتَبِ ، وَأَدَاءُ الْأَجْرَةِ عَنْهُ) بغيرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ . وَحُكِيَ لِأَحْمَدَ قَوْلُ سُفْيَانَ : لَا يُسَلِّمُ الْوَصِيُّ الصَّبِيَّ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ . فَأَنْكَرَ ذَلِكَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَكْتَبَ مِنْ مَصَالِحِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى نَفَقَتِهِ لِمَا كُوِّلَهُ وَمَلْبُوسِهِ . وَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلِّمَهُ فِي صِنَاعَةٍ ، إِذَا كَانَتْ مَصْلَحَتُهُ فِي ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

١٩٥٦ - مسألة : (وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُمْ إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ؛ وَهُوَ أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِ الثُّلُثِ فَصَاعِدًا) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ عَقَارِهِمْ لغيرِ حَاجَةٍ ؛ لِأَنَّا نَأْمُرُهُ بِالشَّرَاءِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْحَظِّ ، فَبَيْعُهُ إِذَا تَقَوَّيَتْ

فائدتان ؛ إحداهما ، لَهُ تَعْلِيمُهُ مَا يَنْفَعُهُ ، وَمُدَاوَاتُهُ بِأَجْرَةٍ ؛ لِمَصْلَحَةٍ فِي ذَلِكَ ، وَخَمْلُهُ بِأَجْرَةٍ لِيَشْهَدَ الْجَمَاعَةُ . قَالَ فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ أَيْضًا فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : لَهُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ بِالْصَّدَقَةِ بِالشَّيْءِ الْبَسِيرِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ أَيْضًا فِي « الْفُرُوعِ » . الثَّانِيَةُ ، لِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْذَنَ لِلصَّغِيرَةِ أَنْ تَلْعَبَ بِاللُّعْبِ - إِذَا كَانَتْ غَيْرَ مُصَوَّرَةٍ - وَشِرَاؤها بِمَا لَهَا . نَصٌّ عَلَيْهِمَا ، وَهَذَا الْمَذْهَبُ . وَقِيلَ : مِنْ مَالِهِ . وَصَحَّحَهُ النَّازِمُ فِي « آدَابِهِ » . وَهُمَا اخْتِمَالَانِ مُطْلَقَانِ فِي « التَّلْخِصِ » ، فِي بَابِ اللَّبَاسِ .

قوله : وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُمْ إِلَّا لِضَرُورَةٍ ، أَوْ غِبْطَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِ الثُّلُثِ فَصَاعِدًا . اشْتَرَطَ الْمُصَنِّفُ لَجَوَازِ بَيْعِ عَقَارِهِمْ وَجُودَ أَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ إِمَّا الضَّرُورَةَ ، وَإِمَّا الْغِبْطَةَ . فَأَمَّا الضَّرُورَةُ ، فَيَجُوزُ بَيْعُهَا ، بِلَا زَوَاعٍ . وَلَكِنْ خَصَّ الْقَاضِي

للحَظَّ^(١) . فَإِنْ اِحتِيجَ إِلَى بَيْعِهِ ، جاز . قال أحمدُ : يَجُوزُ لِلوَصِيِّ بَيْعُ
الدُّورِ عَلَى الصَّغَارِ ، إِذَا كَانَ أَحَظَّ^(٢) لَهُمْ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَإِسْحَاقُ ، قَالُوا : يَبِيعُ إِذَا رَأَى الصَّلَاحَ . قال
القاضي : لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ بِهِ^(٣)
ضَرُورَةٌ إِلَى كُسُوفَةٍ ، أَوْ نَفَقَةٍ ، أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ ، أَوْ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ ، وَلَيْسَ
لَهُ مَا تَدْفَعُ بِهِ حَاجَتَهُ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ فِي بَيْعِهِ غِبْطَةٌ ؛ وَهُوَ أَنْ يُبْدَلَ
فِيهِ زِيَادَةٌ كَثِيرَةٌ عَلَى ثَمَنِ مِثْلِهِ . قال أَبُو الْخَطَّابِ : كَالثَّلْثِ فَمَا زَادَ . أَوْ
يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ بَعْرَقٍ أَوْ خَرَابٍ أَوْ نَحْوِهِ . وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ شَيْخُنَا
فِي «الْكِتَابِ الْمَشْرُوحِ» . وَهُوَ قَوْلٌ فِي مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ
يَقْتَضِي إِبَاحَةَ الْبَيْعِ فِي كُلِّ^(٤) مَوْضِعٍ يَكُونُ نَظَرًا^(٥) لَهُمْ ، وَلَا يَخْتَصُّ بِمَا
ذَكَرُوهُ ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ قَدْ يَرَى الْحَظَّ فِي غَيْرِ هَذَا ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ فِي مَكَانٍ^(٦)

الشرح الكبير

الضَّرُورَةَ بِاِحتِياجِهِمْ إِلَى كُسُوفَةٍ أَوْ نَفَقَةٍ ، أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ ، أَوْ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ . وَقَالَ
غَيْرُهُ : أَوْ يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكُ بَعْرَقٍ أَوْ خَرَابٍ أَوْ نَحْوِهِ . وَمَفْهُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ،
أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، إِذَا لَمْ تَكُنْ ضَرُورَةٌ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ ظَاهِرٌ
كَلَامِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ،

الإيناف

(١) بعده في ر ، ق : « فلا يجوز » .

(٢) في ر ، ق : « نظرا » .

(٣) في م : « فيه » .

(٤ - ٤) في م : « المقنع » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) النظر : الإعانة ، ويُعَدَّى بِاللَّامِ . تاج العروس (ن ظ ر) .

(٧) في الأصل : « موضع » .

لا يَنْتَفِعُ به ، أو نَفْعُهُ قَلِيلٌ ، فَيَبِيعُهُ وَيَشْتَرِي له في مَكَانٍ يَكْثُرُ نَفْعُهُ ، أو يَرَى شَيْئًا في شِرَائِهِ غِبْطَةً لا يُمَكِّنُهُ شِرَاؤُهُ إِلَّا يَبِيعَ عَقَارَهُ ، وقد تَكُونُ [١٢٤/٤] دَارُهُ بِمَكَانٍ يَتَضَرَّرُ الْعِلَامُ بِالْمُقَامِ فيها ؛ لسوءِ الْجَوَارِ أو غَيْرِهِ ، فَيَبِيعُهَا وَيَشْتَرِي له بِثَمَنِهَا دَارًا يَصْلُحُ له الْمُقَامُ بها ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا لا يَنْحَصِرُ . وقد لا يَكُونُ له حَظٌّ في بَيْعِ ^(١) عَقَارِهِ وَإِنْ دُفِعَ مِثْلًا ثَمَنُهُ ؛ إِمَّا لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، وإِمَّا لِأَنَّهُ لا يُمَكِّنُ صَرَفُ ثَمَنِهِ في مِثْلِهِ ، فَيَضِيعُ الثَّمَنُ ولا يُبَارَكُ فيه ، فقد جاءَ عن النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ » ^(٢) . فلا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا ، فلا مَعْنَى لَتَقْسِيدِهِ بما ذَكَرُوهُ في الْجَوَارِ ولا في الْمَنَعِ ، بل متى كَانَ الْحَظُّ في بَيْعِهِ جَازَ ، وما لا فلا . وهذا اخْتِيَارُ شَيْخِنَا ^(٣) . وهو الصَّحِيحُ ، إِنْ شاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

و « الْخُلَاصَةُ » ، و « الْحَاوِثَيْنِ » ، و « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ ، وَكَلَامُهُمْ كَكَلَامِ الْمُصَنِّفِ . وَقَدَّمَهُ في « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ بَيْعِهِ إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ في غَيْرِ هَذَا الْكِتَابِ ، وَاخْتَارَهُ الشَّارِحُ ، وَمَالَ إِلَيْهِ في « الرُّعَايَةِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من باع عقارا ولم يجعل ثمنه في مثله ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٢/٢ . والدارمي ، في : باب في من باع دارا فلم يجعل ثمنها في مثلها ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٧٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٧/٤ .

(٣) في : المغني ٣٤١/٦ .

وَأِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمَا بِمَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ وَلَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ لِإِعْسَارِ الْمُوصَى لَهُ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَجَبَ عَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ لَهُ قَبُولُهَا .

المقنع

فصل : وَمَنْ فُكَّ عَنْهُ الْحَجَرُ ، فَعَاوَدَ السَّفَةَ ، أُعِيدَ الْحَجَرُ عَلَيْهِ .

١٩٥٧ - مسألة : (وَإِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمَا بِمَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ وَلَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، لِإِعْسَارِ الْمُوصَى لَهُ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَجَبَ عَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ) لِأَنَّهُ مَصْلَحَةٌ لَيْسَ فِيهَا ضَرَرٌ ، وَإِنْ كَانَ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ (لَمْ يَجُزْ لَهُ قَبُولُهَا) لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ بِتَقْوِيَتِ مَالِهِ بِالنَّفَقَةِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

فصل : قَالَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَمَنْ فُكَّ عَنْهُ الْحَجَرُ ، فَعَاوَدَ السَّفَةَ ، أُعِيدَ الْحَجَرُ عَلَيْهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ إِذَا فُكَّ عَنْهُ الْحَجَرُ لِرُشْدِهِ

الكبرى . « قَالَ النَّاطِمُ : هَذَا أَوَّلَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَأَمَّا الْغِبْطَةُ ، فَيَجُوزُ بَيْعُهَا ، بِإِزْوَاعٍ . لَكِنْ اشْتَرَطَ الْمُصَنِّفُ : أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِ الثَّلَاثِ فِصَاعِدًا . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَقَالَ الْقَاضِي : بِزِيَادَةِ كَثِيرَةٍ ظَاهِرَةٍ عَلَى ثَمَنِ مِثْلِهِ . وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِالثَّلَاثِ وَلَا غَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ بَيْعِهِ ، إِذَا كَانَ فِيهِ مَصْلَحَةٌ . نَصَّ عَلَيْهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ ، سِوَاءِ حَصْلِ زِيَادَةٍ أَوْ لَا . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَالنَّاطِمُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : هَذَا نَصُّهُ . وَمَالَ إِلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » .

الإنصاف

قوله : وَمَنْ فُكَّ عَنْهُ الْحَجَرُ فَعَاوَدَ السَّفَةَ ، أُعِيدَ عَلَيْهِ الْحَجَرُ . بِإِزْوَاعٍ . وَنَقَلَهُ

وَبُلُوغِهِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ ، ثُمَّ عَادَ إِلَى السَّفْهِ ، أُعِيدَ عَلَيْهِ الْحَجَرُ . وَبِهِ قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَتَبَدَّ الْحَجَرُ عَلَى الْبَالِغِ عَاقِلٍ ، وَتَصَرُّفُهُ نَافِذٌ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، وَالتَّخَعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ ، فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ ، كَالرَّشِيدِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ ابْتَاعَ بَيْعًا ، فَقَالَ عَلِيٌّ : لَا تَبْنَ عُمَانَ لِيُحْجَرَ عَلَيْكَ . فَأَتَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ الزُّبَيْرُ ، فَقَالَ : قَدْ ابْتَعْتَ بَيْعًا ، وَإِنَّ عَلِيًّا يُرِيدُ أَنْ يَأْتِيَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُمَانَ فَيَسْأَلَهُ الْحَجَرَ عَلَى . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَكَ فِي الْبَيْعِ . فَأَتَى عَلِيٌّ عُمَانَ ، فَقَالَ : إِنَّ ابْنَ جَعْفَرٍ قَدْ ابْتَاعَ بَيْعَ كَذَا ، فَاحْجُرْ عَلَيْهِ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَهُ فِي الْبَيْعِ . قَالَ عُمَانُ : كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى مَنْ شَرِيكَهُ الزُّبَيْرُ^(١) ؟ قَالَ أَحْمَدُ : لَمْ أَسْمَعْ هَذَا إِلَّا مِنْ أَبِي يُونُسَ الْقَاضِي . وَهَذِهِ قَضِيَّةٌ يَشْتَهَرُ مِثْلُهَا ، وَلَمْ يُخَالَفْهَا أَحَدٌ فِي عَصْرِهِمْ ، فَتَكُونُ إِجْمَاعًا . وَلِأَنَّهُ سَفِيهٌ ، فَيُحْجَرُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ بَلَغَ سَفِيهًا ؛ فَإِنَّ الْعِلَّةَ الَّتِي اقْتَضَتْ الْحَجَرَ عَلَيْهِ إِذَا بَلَغَ سَفِيهًا سَفْهُهُ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ ، وَلِأَنَّ السَّفْهَ لَوْ قَارَنَ^(٢) الْبُلُوغَ مَنَعَ دَفْعَ مَالِهِ إِلَيْهِ ، فَإِذَا حَدَثَ ، أَوْجَبَ انْتِزَاعَ الْمَالِ ، كَالْجُنُونِ . وَفَارَقَ الرَّشِيدَ ؛ فَإِنَّ رُشْدَهُ لَوْ قَارَنَ الْبُلُوغَ لَمْ يَمْنَعْ دَفْعَ مَالِهِ

الجماعة عن أحمد .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب الحجر على البالغين بالسفه ، من كتاب الحجر . السنن الكبرى ٦١/٦ .

(٢) في الأصل : « فارق » .

وَلَا يَنْظُرُ فِي مَالِهِ إِلَّا الْحَاكِمُ ، وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُ الْحَجَرُ إِلَّا بِحُكْمِهِ .
وَقِيلَ : يَنْفَكُ بِمُجَرَّدِ رُشْدِهِ .

إليه . إذا ثَبَتَ ذلك ، فلا يَحْجَرُ عليه إِلَّا الْحَاكِمُ . وبهذا [١٢٥/٤] قال
الشافعي . وقال محمد : يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه بِمُجَرَّدِ تَبْذِيرِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ
سَبَبُ الْحَجَرِ ، فَأَشْبَهَ الْجُنُونُ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّبْذِيرَ يَخْتَلِفُ ، وَيُخْتَلَفُ فِيهِ ،
وَيَحْتَاجُ إِلَى الاجْتِهَادِ ، فَإِذَا افْتَقَرَ السَّبَبُ إِلَى الاجْتِهَادِ ، لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِحُكْمِ
حَاكِمٍ ، كَالْحَجَرِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَفَارَقَ الْجُنُونُ ، فَإِنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى
الاجْتِهَادِ ، وَلَا خِلَافَ فِيهِ .

١٩٥٨ - مسألة : (وَلَا يَنْظُرُ فِي مَالِهِ إِلَّا الْحَاكِمُ) لِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ
يَفْتَقِرُ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَكَذَلِكَ النَّظَرُ فِي مَالِهِ .

١٩٥٩ - مسألة : (وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُ الْحَجَرُ إِلَّا بِحُكْمِهِ) يَعْنِي إِذَا
رُشِدَ احتَاجَ فَكُ الْحَجَرِ إِلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ (وَقِيلَ :
يَنْفَكُ بِمُجَرَّدِ رُشْدِهِ) قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْحَجَرِ زَالٌ ، فَيَزُولُ
بِزَوَالِهِ ، كَمَا فِي حَقِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَجَرٌ ثَبَتَ بِحُكْمِ
الْحَاكِمِ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِحُكْمِهِ ، كَالْمُفْلِسِ ، وَلِأَنَّ الرُّشْدَ يَحْتَاجُ إِلَى

قوله : وَلَا يَنْظُرُ فِي مَالِهِ إِلَّا الْحَاكِمُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ .
وَقِيلَ : يَنْظُرُ فِيهِ الْحَاكِمُ ، أَوْ أَبُوهُ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : حَجَرُ الْأَبِ عَلَى ابْنِهِ الْبَالِغِ
السَّفِيهِ وَاجِبٌ عَلَى أَصُولِهِ ، حَاكِمًا كَانَ أَوْ غَيْرَ حَاكِمٍ . وَقِيلَ : يَنْظُرُ فِيهِ وَلِيُّهُ
الْأَوَّلُ ، كَمَا لَوْ بَلَغَ سَفِيهًا . وَقِيلَ : إِنْ زَالَ الْحَجَرُ بِمُجَرَّدِ رُشْدِهِ بِلَا حُكْمٍ ، عَادَ

الشرح الكبير

تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره ، فكان كابتداء الحجر عليه . وفارق الصبي والمجنون ، فإن الحجر عليهما بغير حكم الحاكم ، فيزول بغير حكمه ، ولأننا لو وقفنا صحة تصرف الناس على الحاكم ، كان أكثر الناس محجوراً عليه . قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله ، يحجر عليه . يعني ، إذا كبر واختل عقله حجر عليه ، بمنزلة المجنون ؛ لأنه يعجز^(١) بذلك عن^(١) التصرف في ماله على وجه المصلحة ، وحفظه ، فأشبهه الصبي والمجنون .

الإنصاف

بالسفه .

فائدة : لو جن بعد رشده ، فولَّيه الحاكم . على الصحيح من المذهب . وقيل : بل يليه الأب . ذكره في « الرعاية الكبرى » . وقال في « الأنصار » : يلي على أبويه المجنونين . ونقل المروذي ، أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف ، أو كان يضع ماله في الفساد ، أو شراء المغنيات .

قوله : ولا ينفك الحجر إلا بحكمه - هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . قال في « الفروع » : يفتقر إلى حكم في الأصح . قال الزركشي : هذا الصحيح . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الشرح » وغيره - وقيل : ينفك عنه الحجر بمجرد رشده . اختاره أبو الخطاب . وقيل : ينفك عنه بمجرد رشده في غير السفيه . فأما في السفيه ، فلا بد من الحكم بفكه [١٤٣/٢] .

(١ - ١) في الأصل : « عن ذلك » .

المقنع وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُ الْحَجَرِ عَلَيْهِ [١١٩] وَالْأَشْهَادُ عَلَيْهِ؛ لِتُجْتَنَّبَ مُعَامَلَتُهُ. وَيَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ. وَقَالَ الْقَاضِي: يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ.

الشرح الكبير

١٩٦٠ - مسألة: (وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُ الْحَجَرِ عَلَيْهِ) وَأَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ ؛ لِيُظْهَرَ أَمْرُهُ ، فَتُجْتَنَّبَ مُعَامَلَتُهُ . وَإِنْ رَأَى أَنْ يَأْمُرَ مُنَادِيًا يُنَادِي بِذَلِكَ ؛ لِيَعْرِفَهُ النَّاسُ ، فَعَلَ . وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَنْتَشِرُ أَمْرُهُ لَشُهْرَتِهِ .

١٩٦١ - مسألة: (وَيَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ) وَبغَيْرِ إِذْنِهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَصِحُّ بغيرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِجِبِّ بَهْمَالٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ بغيرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَالشُّرَاءِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ مَالِيٍّ ، فَصَحَّ مِنْهُ ، كَخُلْعِهِ وَطَلَاقِهِ ، وَإِنْ لَزِمَ مِنْهُ الْمَالُ ، فَحُصُولُهُ بِطَرِيقِ الضَّمَنِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ .

الإنصاف

تنبيه: مَفْهُومُ قَوْلِهِ: وَيَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ . أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بغيرِ إِذْنِهِ . وَلَهُ حَالَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنْ يَكُونَ مُخْتِاجًا إِلَى الزَّوْاجِ ، فَيَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بغيرِ إِذْنِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ »: يَصِحُّ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » . وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَصَاحِبِ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَرِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ قَالُوا: يَصِحُّ بِإِذْنِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي: يَصِحُّ بغيرِ إِذْنِهِ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْبُلْغَةِ » . وَالحَالَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنْ لَا يَكُونَ مُخْتِاجًا إِلَيْهِ ، فَلَا يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ »:

فصل : وإن خالَعَ ، صَحَّ خُلْعُهُ ؛ لَأَنَّهُ إِذَا صَحَّ الطَّلَاقُ وَلَا يَخْصُلُ منه شيءٌ ، فالخُلْعُ الذي يَخْصُلُ به المَالُ أَوَّلَى ، إِلَّا أَنَّ الْعَوَضَ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ دُفِعَ إِلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ قَبْضُهُ . وقال القاضي : يَصِحُّ . وسنذكرُ ذلك

لم يَصِحَّ في الأصحِّ . وجزم به في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، في بابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ . وقدمه في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْكَافِي » ، و « الْهَادِي » ، وغيرهم . وقيل : يَصِحُّ . واختاره القاضي . وقدمه ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » . قال في « الْوَجِيزِ » : ويَصِحُّ تَزْوُجُهُ . وأُطْلِقَ . وأُطْلِقَهُمَا في « الْبُلْعَةِ » .

فوائد : الأَوَّلَى ، لِلْوَلِيِّ تَزْوِيجُ السَّفِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال في « الْفُرُوعِ » : وله تَزْوِيجُ سَفِيهِ بِلا إِذْنِهِ ، في الأصحِّ . قال الشَّارِحُ ، في بابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ : قال أصحابنا : يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فملكه الوليُّ ، كالْبَيْعِ . وكذا قال الْمُصَنِّفُ . وقيل : ليس له ذلك . اختاره الْمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال في « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَالْمَنْعُ أَقْيَسُ . قلتُ : وهو الصَّوَابُ . وأُطْلِقَهُمَا في « الرَّعَايَتَيْنِ » ، في بابِ النِّكَاحِ . فعلى المذهبِ ، في إجباره وَجْهَانِ . وأُطْلِقَهُمَا في « الْفُرُوعِ » ، و « الْبُلْعَةِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، في النِّكَاحِ . قلتُ : الأَوَّلَى الْإِجْبَارُ إِذَا كَانَ أَصْلَحَ لَهُ . وقال ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » ، في النِّكَاحِ : وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ ؛ لَأَنَّهُ لَا مَصْلَحَةَ فِيهِ . وظاهرُ نَقْلِ الْمُصَنِّفِ ، في « الْمُعْنَى » ، والشَّارِحِ ، أَنَّ الْأَصْحَابَ قَالُوا : لَهُ إِجْبَارُهُ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ أذِنَ لَهُ ، فَقَبِلَ لُزُومَ تَعْيِينِ الْمَرْأَةِ وَجْهَانِ . وأُطْلِقَهُمَا في « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُلْزِمُهُ بِتَعْيِينِهِ ، بل هو مُخَيَّرٌ . وهو الصَّحِيحُ . قال في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » : الْوَلِيُّ مُخَيَّرٌ بَيْنَ

الشرح الكبير في باب الخُلْع . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ الْقَبْضُ . فَأَتْلَفَهُ بَعْدَ قَبْضِهِ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا تَبْرَأُ الْمَرْأَةُ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ ضَمَانِهَا إِنْ أَتْلَفَهُ أَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهَا سَلَطَتْهُ عَلَيْهِ .

الإنصاف أَنْ يُعَيَّنَ لَهُ الْمَرْأَةُ ، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ مُطْلَقًا . وَنَصَرَاهُ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزَمُهُ تَعْيِينُ الْمَرْأَةِ لَهُ ، وَيَتَقَيَّدُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَيَحْتَمِلُ لُزُومُهُ زِيَادَةَ إِذْنٍ فِيهَا ، كَتَرْوِيحِهِ بِهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَالثَّانِي ، تَبْطُلُ هِيَ لِلنَّهْيِ عَنْهَا ، وَلَا تَلْزَمُ أَحَدًا . قُلْتُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَلْزَمَ الْوَلِيَّ . وَإِنْ عَصَلَهُ الْوَلِيُّ ، اسْتَقَلَّ بِالزَّوْاجِ ، كَمَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا . وَيَأْتِي بَعْضُ ذَلِكَ فِي بَابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ عَلِمَ مِنَ السَّفِيهِ أَنَّهُ يُطْلَقُ إِذَا زُوجَ ، اشْتَرَى لَهُ أَمَةً . الرَّابِعَةُ ، يَصِحُّ خُلْعُهُ ، كطَّلَاقِهِ وَظَهَارِهِ وَلِعَانِهِ وَإِيلَائِهِ ، لَكِنْ لَا يَقْبِضُ الْعَوَضَ ، فَإِنْ قَبَضَهُ ، لَمْ يَصِحَّ قَبْضُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ أَتْلَفَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَا تَبْرَأُ الْمَرْأَةُ بِدَفْعِهَا إِلَيْهِ . الْخَامِسَةُ ، لَوْ وَجَبَ عَلَى السَّفِيهِ كَفَّارَةٌ ، كَفَّرَ بِالصَّوْمِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، كَالْمُفْلِسِ . قُلْتُ : فَيُعَايَى بِهَا . وَقِيلَ : يُكْفَرُ بِهِ ، إِنْ لَمْ يَصِحَّ عِتْقُهُ . عَلَى مَا يَأْتِي قَرِيبًا . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ فُكَّ عَنْهُ الْحَجَرُ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، وَقَدَّرَ عَلَى الْعِتْقِ ، أَعْتَقَ . السَّادِسَةُ ، يُتَفَقُّ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ ، فَإِنْ أَفْسَدَهَا ، دَفَعَ إِلَيْهِ يَوْمًا بِيَوْمٍ ، فَلَوْ أَفْسَدَهَا ، أَطْعَمَهُ بِحُضُورِهِ . وَإِنْ أَفْسَدَ كُسُوتَهُ ، سَتَرَ عَوْرَتَهُ فَقَطْ فِي الْبَيْتِ إِنْ لَمْ يُمَكِّنِ التَّحِيلَ وَلَوْ بِتَهْدِيدٍ ، وَإِذَا رَأَى النَّاسَ ، أَلْبَسَهُ ، فَإِذَا عَادَ ، نَزَعَ عَنْهُ . السَّابِعَةُ ، يَصِحُّ تَذْيِيرُهُ وَوَصِيَّتُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ . وَتَأْتِي وَصِيَّتُهُ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا ، فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ .

وَهَلْ يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

المقنع

الشرح الكبير

١٩٦٢ - مسألة : (وهل يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ) إحداهما ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ القاسمِ بنِ محمدٍ ، والشافعي . والثانية ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه عِتْقٌ مِنْ مُكَلَّفٍ مَالِكٍ تَامَ الْمَلِكُ ، فَصَحَّ ، كَعِتْقِ الرَّاهِنِ وَالْمُفْلِسِ . ولنا ، أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مَالِهِ ، فلم يَصِحَّ ، كَسَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ ، فَأَشْبَهَ هِبَتَهُ وَوَقْفَهُ ، ولأنَّه مَحْجُورٌ [١٢٥/٤ ظ] عليه لِحِفْظِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، فلم يَصِحَّ ، كَعِتْقِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . وفارَقَ الْمُفْلِسَ وَالرَّاهِنَ ؛ فَإِنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِمَا لِحَقِّ غَيْرِهِمَا ، وَفِي عِتْقِهِمَا خِلَافٌ أَيْضًا قَدْ ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَيَصِحُّ تَذْيِيرُهُ ، وَوَصِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَحْضٌ مَصْلَحَةٌ ، لِأَنَّهُ تَقَرُّبٌ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِمَالِهِ بَعْدَ غِنَاهُ عَنْهُ . وَيَصِحُّ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَتَعْتِيقُ الْأَمَّةِ الْمُسْتَوْلَدَةِ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنَ الْمَجْنُونِ ، فَمِنَ السَّفِيهِ أَوَّلَى . وَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ لِلتَّشْفِي وَالْإِنْتِقَامِ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ . وَلَهُ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ ، لَا تَضْيِيعٌ لَهُ . وَإِنْ عَفَا عَلَى غَيْرِ

قوله : وهل يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الْمَذْهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ ، فِي كِتَابِ الْعِتْقِ : هَذَا أَصَحُّ الرَّوَايَتَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : يَصِحُّ عِتْقُهُ عَلَى الْأَضْعَفِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَصِحُّ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي

مالٍ ، وَقُلْنَا : الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ عَيْنًا . صَحَّ عَفْوُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَصَمَّنْ تَضْيِيعَ الْمَالِ . وَإِنْ قُلْنَا : أَحَدُ شَيْئَيْنِ . لَمْ يَصَحَّ عَفْوُهُ عَنِ الْمَالِ ، وَوَجِبَ الْمَالُ ، كَمَا لَوْ سَقَطَ الْقِصَاصُ بِعَفْوِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ . وَإِنْ أُحْرِمَ بِالْحَجِّ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ « أُحْرِمَ بِالْحَجِّ » ، أَشْبَهَ غَيْرَهُ ، وَلِأَنَّهُ عِبَادَةٌ ، فَصَحَّتْ مِنْهُ ، كَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ . فَإِنْ كَانَ أُحْرِمَ بِفَرَضٍ ، دُفِعَ إِلَيْهِ النَّفَقَةُ مِنْ مَالِهِ ؛ لِيُسْقِطَ الْفَرَضَ عَنْ نَفْسِهِ ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي السَّفَرِ كَنَفَقَتِهِ فِي الْحَضَرِ ، دُفِعَتْ إِلَيْهِ (١) ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي إِحْرَامِهِ . فَإِنْ زَادَتْ نَفَقَةُ السَّفَرِ ، فَقَالَ : أَنَا أَكْسِبُ تَمَامَ نَفَقَتِي . دُفِعَتْ إِلَيْهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّ بِمَالِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ ، فَلَوْلِيُّهُ تَحْلِيلُهُ ؛ لِمَا فِي مُضِيِّهِ فِيهِ مِنْ تَضْيِيعِ مَالِهِ ، وَيَتَحَلَّلُ بِالصِّيَامِ ، كَالْمُعْسِرِ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكَ وَلِيُّهُ تَحْلِيلَهُ ، بِنَاءً عَلَى الْعَبْدِ إِذَا أُحْرِمَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ لَزِمَتْهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، أَوْ ظَهَارٍ ، أَوْ قَتْلِ ، أَوْ وَطْءٍ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ ، كَفَّرَ بِالصِّيَامِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ أَعْتَقَ أَوْ أَطْعَمَ ، لَمْ يُجْزِئْهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ مَالِهِ ، أَشْبَهَ الْمُفْلِسَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُجْزِئَهُ الْعِتْقُ ،

الإِنصاف « التَّبَصُّرَةُ » ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِيِ الْكَبِيرِ » : يَصِحُّ عِتْقُهُ الْمُنْجَزُ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . وَتَقَدَّمَ ، هَلْ يَصِحُّ بَيْعُهُ إِذَا أُذِنَ لَهُ الْوَلِيُّ ؟ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل ، م .

وَأَنْ أَقْرَبَ بَحْدٌ ، أَوْ قِصَاصٍ ، أَوْ نَسَبٍ ، أَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، أَخَذَ بِهِ . المنع

الشرح الكبير

بِنَاءٍ عَلَى قَوْلِنَا بِصِحَّةِ عِتْقِهِ . وَإِنْ نَذَرَ عِبَادَةً بَدَنِيَّةً ، لَزِمَهُ فِعْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي بَدَنِهِ ^(١) ، وَإِنْ نَذَرَ الصَّدَقَةَ بِمَالٍ ، لَمْ يَصِحَّ مِنْهُ ، وَكَفَّرَ بِالصِّيَامِ . فَإِنْ فُكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ قَبْلَ تَكْفِيرِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ ، لَزِمَهُ الْعِتْقُ ، إِنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ . وَمُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِنَذَرِهِ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِمْ فِي مَنْ أَقْرَبَ قَبْلَ فُكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ ثُمَّ فُكَّ ^(٢) عَنْهُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ ، وَإِنْ فُكَّ بَعْدَ تَكْفِيرِهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ بِالصِّيَامِ ثُمَّ فُكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ .

١٩٦٣ - مسألة : (وَإِنْ أَقْرَبَ بَحْدٌ ، أَوْ قِصَاصٍ ، أَوْ نَسَبٍ ، أَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، أَخَذَ بِهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ لَسَفَهُ أَوْ فُلْسٍ ، إِذَا أَقْرَبَ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا أَوْ قِصَاصًا ؛ كَالزَّوْنِي ، وَالسَّرْقَةِ ، وَالْقَذْفِ ، وَالْقَتْلِ ، وَالشُّرْبِ ، أَوْ قَطْعِ الْيَدِ ، وَمَا أَشَبَّهُهُمَا ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ ، وَيَلْزَمُهُ حُكْمُ ذَلِكَ فِي الْحَالِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمَنَاهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ إِقْرَارَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ

قوله : [١٤٤/٢ و] وَإِنْ أَقْرَبَ بَحْدًا أَوْ قِصَاصٍ ، صَحَّ ، وَأَخَذَ بِهِ . إِذَا أَقْرَبَ بَحْدًا ، اسْتَوْفَى مِنْهُ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَإِنْ أَقْرَبَ بِقِصَاصٍ ، وَطَلَبَ إِقَامَتَهُ ، كَانَ لِرَبِّهِ اسْتِيفَاءُ ذَلِكَ ، بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ لَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَجِبَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَجِبَ ، لِأَنَّهُ يُتَّخَذُ ذَلِكَ وَسِيلَةً إِلَى الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ ، وَقَاعِدَةُ الْمَذْهَبِ ، سَدُّ الذَّرَائِعِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَدُهُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « الْحَجَرِ » .

الشرح الكبير [١٢٦/٤] على نفسه جائز ، إذا كان إقراره بزنى ، أو سرقة ، أو شرب خمر ، أو قذف ، أو قتل ، وأن الحدود تقام عليه . وهذا قول الشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا أخفظ عن غيرهم (خلافا لهم) . وذلك لأنه غير متهم فى حق نفسه ، والحجر إنما تعلق بماله ، فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال . وإن طلق زوجته نفذ طلاقه ، فى قول الأكثرين . وقال ابن أبى ليلى : لا يقع ؛ لأن البضع يجرى مجرى المال ، بدليل أنه يملكه بمال ، ويصح أن يزول ملكه عنه بمال ، فلم يملك التصرف فيه ، كالمال . ولنا ، أن الطلاق ليس بتصرف فى المال ، ولا يجرى مجراه ، فلا يمنع منه ، كالإقرار منه بالحد والقصاص . ودليل أنه لا يجرى مجرى المال ، أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف فى المال ، ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً ، فوقع طلاقه ، كالعبد والمكاتب .

فصل : وإن أقر بما يوجب القصاص ، فعفا المقر له على مال ، احتمل أن يجب المال ؛ لأنه عفو عن قصاص ثابت ، فصح ، كما لو ثبت بالبيّنة . واحتمل أن لا يصح ؛ لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال ، بأن يتواطأ

الإنصاف و « الفروع » .

فائدة : لا يفرق السفيه زكاة ماله بنفسه ، ولا تصح شركته ، ولا حوالة ، ولا الحوالة عليه ، ولا ضمانه ، ولا كفالته . ويصح منه نذر كل عبادة بدنية ؛ من حج وغيره ، ولا يصح منه نذر عبادة مالية . على الصحيح من المذهب . وقيل :

(١ - ١) فى م : « خلافهم » .

وَأِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِي حَالِ حَجْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ إِلَّا يَلْزَمُهُ
مُطْلَقًا .

الشرح الكبير

الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ وَالْمُقَرَّرُ لَهُ عَلَى الْإِقْرَارِ بِالْقِصَاصِ ، وَالْعَفْوِ عَنْهُ إِلَى مَالٍ ،
وَلِأَنَّهُ وَجُوبُ مَالٍ مُسْتَنَدُهُ إِقْرَارُهُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ ، كَالْإِقْرَارِ بِهِ ابْتِدَاءً . فَعَلِيَ
هَذَا الْقَوْلِ ، يَسْقُطُ الْقِصَاصُ ، وَلَا يَجِبُ الْمَالُ فِي (١) الْحَالِ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ وَلَدٍ ، قَبْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ بِمَالٍ ، وَلَا
تَصَرُّفٍ فِيهِ ، فَقَبْلَ ، كإِقْرَارِهِ بِالْحَدِّ وَالطَّلَاقِ . وَإِذَا ثَبَتَ النَّسَبُ ، لَزِمَتْهُ
أَحْكَامُهُ مِنَ النَّفَقَةِ وَغَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ ضِمْنًا لِمَا صَحَّ مِنْهُ ، فَأُشْبِهَ
نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ .

١٩٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِي حَالِ حَجْرِهِ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهُ مُطْلَقًا) إِذَا أَقَرَّ السَّفِيهُ بِمَالٍ ، كَالدَّيْنِ ، أَوْ مَا يُوجِبُهُ ؛

الإنصاف

يَصِحُّ نَذَرُهَا ، وَتُفْعَلُ بَعْدَ فَلَكَ حَجْرِهِ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : قِيَاسُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ،
يَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِهِ عِنْدَ فَلَكَ حَجْرِهِ ، كَالْإِقْرَارِ . وَتَقْدَمُ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْحَجِّ ، إِذَا أُخْرِمَ
السَّفِيهُ نَفْلًا .

قوله : وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِي حَالِ حَجْرِهِ . يَعْنِي ، يَصِحُّ إِقْرَارُهُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ
فِي حَالِ حَجْرِهِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ إِقْرَارِهِ بِمَالٍ ، لَزِمَهُ بِاخْتِيَارِهِ ، أَوْ لَا . قَالَ فِي
« الْوَجِيزِ » : وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ ، أَوْ بِمَا يُوجِبُ مَالًا ، لَزِمَهُ بَعْدَ حَجْرِهِ ، إِنْ عَلِمَ

(١) سقط من : الأصل .

كجناية الخطأ وشبه العمد ، وإتلاف المال ، وغصبه ، وسرقته ، لم يُقبل إقراره به ؛ لأنه محجورٌ عليه لحظه ، فأشبهه الصبي والمجنون . ولأننا قبلنا إقراره في ماله لزالّت فائدة الحجر ؛ لأنه يتصرف في ماله ، ثم يُقر به ، فيأخذه المقر له . ولأنه أقر بما هو ممنوعٌ من التصرف فيه ، فلم ينفذ ، كإقرار الرّاهن على الرّهن ، والمفلس على المال . وظاهر قول الأصحاب ، أنه يلزمه ما أقر به بعد فكّ الحجر عنه . وهو قول أبي ثور ، واختيار الخرقى ؛ لأنه مكلفٌ أقر بما لا^(١) يلزمه في الحال ، فلزمه بعد فكّ الحجر عنه ، كالعبد يُقر بالدين ، وكإقرار الرّاهن على الرّهن ، وكإقرار المفلس . ويَحْتَمِلُ [١٢٦/٤] أن لا يصحّ إقراره ، ولا يؤخذ به^(٢) في الحكم بحال . وهذا مذهب الشافعى ؛ لأنه محجورٌ عليه لعدم رُشده ، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فكّ الحجر عنه ، كالصبي والمجنون . ولأن^(٣) المنع من نفوذ^(٤) إقراره في الحال ، إنما ثبت لحفظ ماله عليه ،

استحقاقه في ذمته حال حجره . وقدمه في « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ، و « الرعاية » ، وغيرهم .

قوله : ويَحْتَمِلُ أن لا يلزمه مطلقاً . وإليه ميل الشارح . واختاره المصنف . فعلى هذا ، لا يصحّ إقراره بمال . وتقدم بعض أحكام السفيه ، في أوائل كتاب البيع .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) ق م : لا .

(٤) سقط من : الأصل .

وَحُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيِّهِ حُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ .

المقنع

الشرح الكبير

ودفع الضرر عنه ، فلو نفذ بعد فك الحجر عنه ، لم يفد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالته . وفارق المحجور عليه لحق غيره ، فإن المانع تعلق بحق الغرماء بماله ، فيزول المانع بزوال الحق عن ماله ، فيثبت مقتضى إقراره . وفي مسألتنا انتفى الحكم لخلل في الإقرار ، فلم يثبت كونه سبباً ، وبزوال الحجر لم يكمل السبب ، فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب ، كما « لم يثبت قبل » فك الحجر . ولأن الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذمتهم ، فأمكن تصحيح إقرارهم في ذمتهم على وجه لا يضر بغيرهم ، والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله ^(١) وسوء تصرفه ، ولا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكلية ، كالصبي والمجنون . فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن علم صحة ما أقر به ، كدين لزمه من جناية ، أو دين لزمه قبل الحجر عليه ، فعليه أدائه ؛ لأنه علم أن عليه حقاً ، فلزمه أدائه ، كما لو لم يقر به . وإن علم فساد إقراره ، مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه ، أو بجناية لم توجد منه ، أو أقر بما لا يلزمه ، مثل أن أترف مال من دفعه إليه بقرض أو بيع ، لم يلزمه أدائه ؛ لأنه يعلم أنه لا دين عليه ، فلم يلزمه ، كما لو لم يقر به .

١٩٦٥ - مسألة : (وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي

والمجنون) على ما ذكرنا من قبل ؛ لأنه محجور عليه لحظه ، فهو كالصبي والمجنون .

الإنصاف

(١ - ١) في م : « لا يثبت بعد » .

(٢) في م : « قلبه » .

فَصْلٌ : وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ إِذَا احتَاجَ إِلَيْهِ .

١٩٦٦ - مسألة ؛ قال الشَّيْخُ ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ إِذَا احتَاجَ إِلَيْهِ) وإن كان غَنِيًّا لم يَجْزُ لَهُ ذَلِكَ إِذَا لم يَكُنْ أَبَا ؛ لقولِ اللهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(١) . وَإِذَا كَانَ فَقِيرًا ، فَلَهُ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ ؛ مِنْ أَجْرَتِهِ أَوْ قَدْرٍ كِفَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَمَلِ وَالْحَاجَةِ جَمِيعًا ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا مَا وَجَدَا فِيهِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَأْكُلُ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا ، قِيَاسًا عَلَى الْعَمَلِ فِي الزَّكَاةِ ، وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لظَاهِرِ الْآيَةِ .

تنبيهه : ظاهِرُ قَوْلِهِ : وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ . وَلَوْ لَمْ يُقَدَّرْهُ الْحَاكِمُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ بِشَرْطِهِ الْآتِي . وَقَالَ فِي « الْإِبْطِاحِ » : يَأْكُلُ إِذَا قَدَّرَهُ الْحَاكِمُ ، وَإِلَّا فَلَا .

تنبيه آخر : فظَاهِرُ قَوْلِهِ : يَأْكُلُ بِقَدْرِ عَمَلِهِ . جَوَازُ أَكْلِهِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ ، وَلَوْ كَانَ فَوْقَ كِفَايَتِهِ . وَعَلَى ذَلِكَ شَرَحَ ابْنُ مُنْجَى . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، أَنَّهُ لَا يَأْكُلُ إِلَّا الْأَقْلَ مِنْ أُجْرَةٍ مِثْلِهِ ، أَوْ قَدْرٍ كِفَايَتِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ الْأَصْحَابِ . قُلْتُ : وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : هَذَا الظَّاهِرُ مُرَدُّهُ بِقَوْلِهِ : إِذَا احتَاجَ إِلَيْهِ .

(١) سورة النساء ٦ .

الشرح الكبير

١٩٦٧ - مسألة : (وهل يَلْزَمُهُ عَوْضُ ذَلِكَ إِذَا أُيسَرَ ؟ على رِوَايَتَيْنِ) أَمَّا إِذَا كَانَ أَبَا ، فَلَا يَلْزَمُهُ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ

لأنَّهُ إِذَا أَخَذَ قَدْرَ عَمَلِهِ ، وَكَانَ أَكْثَرَ مِنْ كِفَايَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ مُحْتَاجًا إِلَى الْفَاضِلِ عَنْ كِفَايَتِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهُ . وَهُوَ وَاضِحٌ . أَوْ يُقَالُ : هَلِ الْاِغْتِبَارُ بِحَالَةِ الْأَخْذِ ؟ وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ ، أَوْ حَيْثُ اسْتَعْنَى ، اِمْتَنَعَ الْأَخْذُ ؟

قوله : إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يَأْكُلُ مِنْ مَالِ الْمُؤَلَّى عَلَيْهِ إِلَّا مَعَ فَقْرِهِ وَحَاجَتِهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : وَيَأْكُلُ الْفَقِيرُ مِنْ مَالِ مُؤَلَّيْهِ ، الْأَقْلَ مِنْ كِفَايَتِهِ أَوْ أُجْرَتِهِ مَجَانًا ، إِنْ شَعَلَهُ عَنْ كَسْبِ مَا يَقُومُ بِكِفَايَتِهِ . وَكَذَا قَالَ غَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَأْكُلُ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا ، قِيَاسًا عَلَى الْعَامِلِ فِي الزَّكَاةِ . وَقَالَ : الْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْاِسْتِحْبَابِ . وَحَكَاهُ رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ : يَأْكُلُ فَقِيرٌ ، وَمَنْ يَمْنَعُهُ مِنْ مَعَايِشِهِ ، بِالْمَعْرُوفِ .

تنبیه : محلُّ ذلك في غير الأب ، فأما الأب ، فيجوزُ له الأكلُ مع الحاجةِ وعدمِها في الحُكْمِ ، ولا يَلْزَمُهُ عَوْضُهُ ، على ما يأتى في بابِ الهبةِ . قال القاضي : ليس له الأكلُ لأجلِ عَمَلِهِ ، لِغِنَايِهِ عَنْهُ بِالتَّفَقُّعِ الْوَاجِبَةِ فِي مَالِهِ ، وَلَكِنْ لَهُ الْأَكْلُ بجهةِ التَّمَلُّكِ عِنْدَنَا . وَضَعَفَ ذَلِكَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَمحلُّ الْخِلَافِ أَيْضًا ، إِذَا لَمْ يَفْرِضْ لَهُ الْحَاكِمُ ، فَإِنْ فَرَضَ لَهُ الْحَاكِمُ شَيْئًا ، جَازَ لَهُ أَخْذُهُ مَجَانًا مَعَ غِنَاهُ ، بغيرِ خِلَافٍ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْحَادِيَةِ وَالسَّبْعِينَ » ، وَقَالَ : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْقَاضِي . وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْبُرْزَاطِيِّ فِي الْأُمِّ الْحَاضِنَةِ .

قوله : وهل يَلْزَمُهُ عَوْضُ ذَلِكَ إِذَا أُيسَرَ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي

المقنع وكذلك يُخْرِجُ فِي النَّاطِرِ فِي الْوَقْفِ .

الشرح الكبير
مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ مَا شَاءَ مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِهَا . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ الْأَبِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ
عَوَضُ ذَلِكَ فِي إِحْدَى الرَّوَائِيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَأَحَدُ
قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْأَكْلِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ عَوَضٍ [١٢٧/٤]
فَأُشْبِهَ سَائِرَ مَا أَمَرَ بِأَكْلِهِ ، وَلَئِنَّهُ عَوَضٌ عَنْ عَمَلِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ بَدْلُهُ ،
كَالْأَجِيرِ وَالْمُضَارِبِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَلْزَمُهُ عَوَضُهُ . وَهُوَ قَوْلُ عَمِيدَةَ
السُّلَمَانِيِّ ، وَعَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَأَبِي الْعَالِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ
اسْتَبَاحَهُ بِالْحَاجَةِ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ ، فَلَزِمَهُ قَضَاؤُهُ ، كَالْمُضْطَرِّ إِلَى طَعَامٍ
غَيْرِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ إِذَا أَيْسَرَ ، لَكَانَ وَاجِبًا فِي الذِّمَّةِ
قَبْلَ الْيَسَارِ ، فَإِنَّ الْيَسَارَ لَيْسَ سَبَبًا لِلْوُجُوبِ ، فَإِذَا لَمْ يَجِبْ بِالسَّبَبِ الَّذِي
هُوَ الْأَكْلُ ، لَمْ يَجِبْ بَعْدَهُ . وَفَارَقَ الْمُضْطَرُّ ؛ فَإِنَّ الْعَوَضَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ
فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَئِنَّهُ لَمْ يَأْكُلْهُ عَوَضًا عَنْ شَيْءٍ ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ .

١٩٦٨ - مَسْأَلَةٌ : (وَكَذَلِكَ يُخْرِجُ فِي النَّاطِرِ فِي الْوَقْفِ) قِيَاسًا

الإنصاف
« الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ عَوَضُهُ إِذَا أَيْسَرَ . وَهُوَ
الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَا يَلْزَمُهُ عَوَضُهُ بَيْسَارِهِ ، عَلَى
الْأَصَحِّ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « التَّصْحِيحِ » . وَاخْتَارَهُ
ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَلْزَمُهُ عَوَضُهُ إِذَا أَيْسَرَ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » :
وَيَلْزَمُهُ عَوَضُهُ إِذَا أَيْسَرَ ، عَلَى الْأَصَحِّ .
قَوْلُهُ : وَكَذَلِكَ يُخْرِجُ فِي النَّاطِرِ فِي الْوَقْفِ . خَرَّجَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ .

وَالْمَنْصُوصُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ [٢ / ١٤٤] ، وَحَرْبٍ ،
 جَوَازُ الْأَكْلِ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » ،
 بَعْدَ ذِكْرِ التَّخْرِيجِ : قُلْتُ : وَالْحَاقَهُ بِعَامِلِ الزَّكَاةِ فِي الْأَكْلِ مَعَ الْغَنَى ، أَوَّلَى .
 كَيْفَ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَكْلِهِ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ فَقْرًا ؟ ذَكَرَهُ الْخَلَّالُ
 فِي الْوَقْفِ . قَالَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ : وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ ، فَلَا بَأْسَ . قُلْتُ :
 فَيَقْضَى دَيْنُهُ ؟ قَالَ : مَا سَمِعْتُ فِيهِ شَيْئًا . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، يَأْكُلُ إِذَا اشْتَرَطَ . وَقَالَ
 الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَا يُقَدِّمُ بِمَعْلُومِهِ بِلَا شَرْطٍ ، إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ أَجْرَةَ عَمَلِهِ مَعَ فَقْرِهِ ،
 كَوَصِيِّ الْيَتِيمِ . وَفَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَ الْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ ؛ « بَأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ » مُوَافَقَتُهُ
 عَلَى الْأَجْرَةِ ، وَالْوَكِيلُ يُمَكِّنُهُ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، فِي الْوَلِيِّ وَالْوَصِيِّ يَقُومَانِ بِأَمْرِهِ ،
 يَأْكُلَانِ بِالْمَعْرُوفِ ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْأَجِيرِ وَالْوَكِيلِ . قَالَ : وَظَاهِرُ هَذَا ، النَّفَقَةُ
 لِلْوَكِيلِ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، الْحَاكِمُ أَوْ أَمِينُهُ إِذَا نَظَرَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ ، فَقَالَ الْقَاضِي مَرَّةً :
 لَا يَأْكُلُ ، وَإِنْ أَكَلَ الْوَصِيُّ . وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْوَصِيِّ . وَقَالَ مَرَّةً : لَهُ الْأَكْلُ ،
 كَوَصِيِّ الْأَبِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَهُوَ دَاخِلٌ فِي عُمُومِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ
 وَغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، الْوَكِيلُ فِي الصَّدَقَةِ لَا يَأْكُلُ مِنْهَا شَيْئًا لِأَجْلِ الْعَمَلِ . نَصَّ عَلَيْهِ .
 وَقَدْ صَرَّحَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » بِأَنْ مَنْ أَوْصَى إِلَيْهِ بِتَفْرِقَةِ مَالٍ عَلَى الْمَسَاكِينِ ،
 أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ فِي حَيَاتِهِ مَالًا ؛ لِيُفَرِّقَهُ صَدَقَةً ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ شَيْئًا بِحَقِّ
 قِيَامِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْفَعَةٌ ، وَلَيْسَ بِعَامِلٍ مُنْتَجِرٍ .

المقنع وَمتى زَالَ الْحَجَرُ ، فَادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ تَعَدِّيًا ، أَوْ مَا يُوجِبُ ضَمَانًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ .

١٩٦٩ - مسألة : (ومتى زال الحجر ، فادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ تَعَدِّيًا ، أَوْ مَا يُوجِبُ ضَمَانًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ) إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ الْإِنْفَاقَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، أَوْ عَلَى مَالِهِ أَوْ عَقَارِهِ بِالْمَعْرُوفِ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ بَاعَ عَقَارَهُ لِحَظِّهِ ، أَوْ بَنَاهُ لِمُضْلِحَتِهِ ، أَوْ أَنَّهُ تَلَفَ ، قَبْلَ قَوْلِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يُمِضِي الْحَاكِمُ بَيْعَ الْأَمِينِ وَالْوَصِيِّ حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَهُ الْحَظُّ بَيِّنَةً ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُمَا فِي ذَلِكَ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُ الْأَبِ وَالْجَدِّ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ جَازَ لَهُ بَيْعُ الْعَقَارِ وَشَرَاؤُهُ لِلْيَتِيمِ ، يَجِبُ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِي الْحَظِّ ، كَالْأَبِ وَالْجَدِّ . وَلَأنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي عَدَمِ التَّفْرِيطِ فِيمَا تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ الْعَقَارِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْعَقَارِ ، كَالْأَبِ . وَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ فَادَّعَى أَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ فِي الْبَيْعِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ قَالَ الْوَلِيُّ : أَنْفَقْتُ عَلَيْكَ مِنْذُ ثَلَاثِ سِنِينَ . وَقَالَ الْغُلَامُ : إِنَّمَا مَاتَ أُمِّي مِنْذُ سَنَتَيْنِ . فَقَالَ الْقَاضِي : الْقَوْلُ قَوْلُ الْغُلَامِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ حَيَاةُ وَالِدِهِ ، وَاخْتِلَافُهُمَا فِي أَمْرِ لَيْسَ الْوَصِيِّ أَمِينًا فِيهِ ، فَقُدِّمَ قَوْلُ مَنْ يُوَافِقُ قَوْلُهُ الْأَصْلَ .

قوله : ومتى زال الحجر ، فادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ تَعَدِّيًا ، أَوْ مَا يُوجِبُ ضَمَانًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ . بَلَانِزَاعٍ . جَزَمَ بِهِ الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : مَا لَمْ تُخَالَفْهُ عَادَةً وَعُرْفٌ ، وَيُخْلِفُ غَيْرُ الْحَاكِمِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُخْلِفُ غَيْرُ الْحَاكِمِ ، عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » :

وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ رُشْدِهِ .

الشرح الكبير

١٩٧٠ - مسألة : (وكذلك القول قَوْلُهُ فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ رُشْدِهِ) لَأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الصَّبِيِّ ، لِأَنَّ الْأَصْلَ مَعَهُ ، وَلِأَنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ قَالَ : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ ^(١) . فَمَنْ تَرَكَ الْإِشْهَادَ ، فَقَدْ فَرَطَ ، فَلَزِمَ الضَّمَانُ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمَجْنُونِ وَالسَّفِيهِ .

الإنصاف

وغير الحاكم يَخْلِفُ ، على المذهب إن أتهم . وعنه ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . قوله : وكذلك القول قَوْلُهُ فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ رُشْدِهِ . وهو المذهب . قاله الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِئَتَيْنِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » وَغَيْرِهِ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً . قُلْتُ : وَهُوَ قَوِيٌّ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : وَخَرَجَ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، فِي وَصِيِّ الْيَتِيمِ ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ بَدُونِ بَيِّنَةٍ . وَعَزَاهُ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » إِلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَهُوَ مُتَوَجِّهٌ عَلَى هَذَا الْمَأْخُذِ ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ بِالْدَّفْعِ مَأْمُورٌ بِهِ بِنَصِّ الْقُرْآنِ . وَقَدْ صَرَّحَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « انْتِصَارِهِ » بِاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، كَالنِّكَاحِ . انْتَهَى .

تبيينه : محلُّ هذا ، إِنْ كَانَ مُتَبَرِّعًا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، فِي الرُّهْنِ . وَقِيلَ : يُقْبَلُ مُطْلَقًا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ

(١) سورة النساء ٦ .

المقنع وَهَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَحْجُرَ عَلَى امْرَأَتِهِ فِي التَّبَرُّعِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ مِنْ مَالِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير ١٩٧١ - مسألة : (وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها ؟ على رِوَايَتَيْنِ) إحداهما ، ليس له الحجرُ عليها . وهو قولُ أبي حنيفة ، والشافعي ، [١٢٧/٤ ط] وابن المنذر . وهو ظاهرُ كلامِ الخرقي . والثانية ، ليس لها أن تنصرفَ في مالها بزيادةٍ على الثلثِ

الإنصاف المصنّف وجماعة .

فائدة : يُقْبَلُ قَوْلُ الْأَبِ ، وَالْوَصِيِّ ، وَالْحَاكِمِ ، وَأَمِينِهِ ، وَحَاضِنِ الطِّفْلِ ، وَقِيَمِهِ ، حَالِ الْحَجْرِ وَبَعْدَهُ ، فِي التَّفَقُّةِ وَقَدْرِهَا وَجَوَازِهَا ، وَوُجُودِ الصَّرُورَةِ وَالْغِبْطَةِ ، وَالْمَصْلَحَةِ فِي الْبَيْعِ ، وَالتَّلَفِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ « لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا فِي الْأَخْطِيَةِ »^(١) فِي الْبَيْعِ ، إِلَّا بَيِّنَةً ، فَلَوْ قَالَ : مَاتَ أَبِي مِنْ سَنَةٍ . أَوْ قَالَ : أَنْفَقْتُ عَلَى مِنْ سَنَةٍ . فَقَالَ الْوَصِيُّ : بَلْ مِنْ سَنَتَيْنِ . قُدِّمَ قَوْلُ الصَّبِيِّ :

قوله : وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا مِنْ ذَلِكَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، « وَنَهَايَةِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَ « نَظْمِهَا » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، ذَكَرَهُ فِي آخِرِ بَابِ الْهَيْةِ . قَالَ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : وَتَصَدَّقُ مِنْ مَالِهَا بِمَا شَاءَتْ ، عَلَى الْأَظْهَرِ . وَالرِّوَايَةُ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْأَخْطِيَةِ » .

الشرح الكبير

بغير عَوْضٍ ، إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَحُكِيَ عَنْهُ فِي امْرَأَةٍ حَلَفَتْ بِعِتْقِ جَارِيَةٍ لَهَا^(١) لَيْسَ لَهَا غَيْرُهَا ، فَحَنَنْتُ ، وَلَهَا زَوْجٌ ، فَرَدَّ ذَلِكَ عَلَيْهَا زَوْجُهَا ، قَالَ : لَهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهَا ، وَلَيْسَ لَهَا عِتْقٌ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ امْرَأَةً كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ بِحُلِيِّهَا ، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حَتَّى يَأْذَنَ زَوْجُهَا ، فَهَلِ اسْتَأْذَنْتِ كَعْبًا ؟ » . فَقَالَتْ : نَعَمْ . فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى كَعْبٍ فَقَالَ : « هَلِ أَذْنَتْ لَهَا أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحُلِيِّهَا ؟ » . فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَبِلَهُ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ^(٢) . وَرَوَى أَيْضًا عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَةٍ خَطَبَهَا : « لَا يَجُوزُ لَامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ فِي مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، إِذْ هُوَ مَالِكُ عِصْمَتِهَا »^(٣) . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَلَفَّظَهُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَجُوزُ لَامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » . وَلِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ مُتَعَلِّقٌ بِمَالِهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تُنْكَحُ

الإنصاف

الثَّانِيَةُ ، لَهُ مَنَعُهَا مِنَ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهَا ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهِ . نَصَرَهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » .

(١) سقط من : م .

(٢) في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

(٣) في الموضوع السابق . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ . وأبو داود ، في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ - كما أخرجه النسائي ، في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الزكاة ، وفي الباب نفسه ، من كتاب العمري . المجتبى ٤٩/٥ ، ٢٣٦/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٩/٢ ، ١٨٤ ، ٢٠٧ ، ولفظ قريب في ٢٢١/٢ .

الشرح الكبير
المرأة لِمَالِهَا وَجَمَالِهَا وَدِينِهَا»^(١) . والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ، ويتيسر فيه ، ويتنفع به ، وإذا أعسر بالتفقة أنظرته ، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ عَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾^(٢) . وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : « يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ ، وَلَوْ مِنْ حُلِيكِئْنَ » . وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ، ولم يسأل ولا استفصل . وأنته زينب امرأة عبد الله ، وامرأة أخرى اسمها زينب ، فسألت عن الصدقة ، هل يجزئهن أن يتصدقن على أزواجهن ، وأيتام لهن ؟ فقال : « نَعَمْ »^(٣) . ولم يذكر لهن هذا الشرط . ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده ، جاز له التصرف فيه من

الإنصاف
تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف ، إذا كانت رشيده ، فأما غير الرشيدة ، فهي ممنوعة مطلقاً . الثاني ، مفهوم قوله : بما زاد على الثلث . أنه لا يحجر عليها في التبرع بالثلث فأقل . وهو صحيح ، وهو المذهب . قال في « الكافي » : هو

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الأكفاء في الدين ... من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٩/٧ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٦/٢ ، ١٠٨٧ . وأبو داود ، في : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٢/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٠٦/٤ . والنسائي ، في : باب على ما تنكح المرأة ، وباب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٤/٦ ، ٥٦ . وابن ماجه ، في : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٧/١ . والدارمي ، في : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٨/٢ ، ٨١ ، ٨٠/٣ ، ١٥٢/٦ .

(٢) سورة النساء ٦ .

(٣) تقدم تخريجه في ٣٠٢/٧ .

الشرح الكبير

غير إذن ، كالعُلام ، ولأنَّ المرأة من أهلِ التَّصَرُّفِ ، ولا حقَّ لزوجها في مالها ، فلم يَمْلِكِ الحَجْرَ عليها في التَّصَرُّفِ بِجَمِيعِهِ ، كأخيها^(١) . وحديثهم ضَعِيفٌ ، وشُعَيْبٌ لم يُدْرِكْ^(٢) عبدَ اللهِ بنَ عَمْرٍو ، فهو مُرْسَلٌ . ويُمكنُ حملُه على أنَّه لا يَجُوزُ عَطِيَّتُهَا مِنْ^(٣) مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّه يَجُوزُ عَطِيَّتُهَا^(٤) فيما^(٥) دُونَ الثُّلْثِ مِنْ مالها ، وليس معهم حديثٌ يَدُلُّ على تَحْدِيدِ المَنعِ بِالثُّلْثِ ، والتَّحْدِيدُ بِذلك تَحَكُّمٌ ليس فيه تَوْقِيفٌ ولا عليه دَلِيلٌ . ولا يَصِحُّ قِياسُهم على المَرِيضِ ؛ لَوُجُوهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ المَرَضَ سَبَبٌ يُفْضِي إلى وَصُولِ المَالِ إِلَيْهِم بِالْمِيرَاثِ ، والزَّوْجِيَّةُ إِنَّمَا تَجْعَلُهُ مِنْ أَهْلِ المِيرَاثِ [١٢٨/٤] فَهِيَ أَحَدُ وَصَفَيِ العِلَّةِ ، فَلَا يَثْبُتُ الحُكْمُ بِمَجَرَّدِهَا ، كَمَا لَا يَثْبُتُ لِلْمَرْأَةِ الحَجْرُ عَلَى زَوْجِهَا ، وَلَا لِسَائِرِ الوَرَاثِ بِدُونِ المَرَضِ . الثَّانِي ، أَنَّ تَبَرُّعَ المَرِيضِ مَوْقُوفٌ ، فَإِنْ بَرِيَ مِنْ مَرَضِهِ صَحَّ تَبَرُّعُهُ ، وَهَهُنَا أَبْطَلُوهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَالْفَرْعُ لَا يَزِيدُ عَلَى أَصْلِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ مَا ذَكَرُوهُ مُنْتَقِضٌ بِالْمَرْأَةِ ، فَإِنَّهَا تَنْتَفِعُ بِمَالِ

الإِنصاف

قَوْلُ أَصْحَابِنَا . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفَائِقِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . وَعَنهُ ، لَهُ ذَلِكَ . صَحَّحَهَا فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، فَلَا يَنْفَعُ عِتْقُهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » .

(١) فِي م : « كَأَخِيهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَذْكُرُ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ر ، ق ، م : « مَا » .

فَصْلٌ فِي الْإِذْنِ : يَجُوزُ لَوْلَى الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ .

زَوْجِهَا ، وَتَبَسَّطَ فِيهِ عَادَةً ، وَلَهَا النِّفَقَةُ مِنْهُ ، وَانْتِفَاعُهَا بِمَالِهِ أَكْثَرُ مِنْ انْتِفَاعِهِ بِمَالِهَا ، وَلَيْسَ لَهَا الْحَجْرُ عَلَيْهِ ، عَلَى أَنَّ هَذَا الْمَعْنَى لَيْسَ بِمَوْجُودٍ فِي الْأَصْلِ ، وَمِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الْقِيَاسِ وَجُودُ الْمَعْنَى الْمُثَبَّتِ لِلْحُكْمِ فِي الْأَصْلِ وَالْفَرْعِ جَمِيعًا .

فَصْلٌ فِي الْإِذْنِ : قَالَ الشَّيْخُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (يَجُوزُ لَوْلَى الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ) وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ بِالْإِذْنِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالثَّانِيَةُ ؛ لَا يَصِحُّ حَتَّى يَبْلُغَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ ، أَشْبَهَ غَيْرَ الْمُمَيِّزِ . وَلِأَنَّ الْعَقْلَ لَا يُمَكِّنُ الْوُقُوفَ مِنْهُ عَلَى الْحَدِّ الَّذِي «يَصْلُحُ بِهِ لِلتَّصَرُّفِ» ؛ لَخَفَائِهِ ، وَتَزَايُدِهِ تَزَايُدًا خَفِيًّا التَّدْرِيجِ ، فَجَعَلَ الشَّارِعُ لَهُ ضَابِطًا ، وَهُوَ الْبُلُوغُ ، فَلَا تُثَبَّتُ لَهُ أَحْكَامُ الْعُقْلَاءِ قَبْلَ وَجُودِ الْمَطْنَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَزَوَّجُونَ الْأَمْوَالَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . وَمَعْنَاهُ اخْتَبَرُوهُمْ لَتَعْلَمُوا رُشْدَهُمْ . وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ اخْتِبَارُهُمْ

وَيَأْتِي فِي آخِرِ الْبَابِ ، إِذَا تَبَرَّعَتْ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا .

قوله : يَجُوزُ لَوْلَى الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ [٢ / ١٤٥ د] ، لَا يَجُوزُ .

وَيَجُوزُ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ . وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُمَا الْحَجَرُ ، إِلَّا فِيمَا أُذِنَ
المقنع

الشرح الكبير

بِتَفْوِيزِ التَّصَرُّفِ إِلَيْهِمْ ، مِنَ الْبَيْعِ وَالشُّرَاءِ ؛ لِيُعْلَمَ هَلْ يُعْبَنُ أَمْ لَا . وَلَأنَّهُ
عَاقِلٌ مُمَيِّزٌ مَخْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، كَالْعَبْدِ . وَفَارَقَ غَيْرَ
الْمُمَيِّزِ ، فَإِنَّهُ لَا تَحْصُلُ الْمَصْلَحَةُ بِتَصَرُّفِهِ ؛ لِعَدَمِ تَمْيِيزِهِ وَمَعْرِفَتِهِ ، وَلَا
حَاجَةَ إِلَى اخْتِبَارِهِ ؛ لِأنَّهُ قَدْ عُلِمَ حَالُهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْعَقْلَ لَا يُمَكِّنُ
الاطِّلَاعَ عَلَيْهِ . قُلْنَا : يُعْلَمُ ذَلِكَ بِآثَارِهِ وَجَرَيَانِ تَصَرُّفَاتِهِ عَلَى وَفْقِ
الْمَصْلَحَةِ ، كَمَا يُعْلَمُ فِي حَقِّ الْبَالِغِ ، فَإِنَّ مَعْرِفَةَ رُشْدِهِ شَرْطُ دَفْعِ مَالِهِ
إِلَيْهِ وَصِحَّةِ تَصَرُّفِهِ ، « كَذَا هُنَا » . فَإِنْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، لَمْ يَصِحَّ
تَصَرُّفُهُ ^(١) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيَقِفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي
حَنِيفَةَ . وَمَبْنَى ذَلِكَ عَلَى مَا إِذَا تَصَرَّفَ فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ
فِيمَا مَضَى .

١٩٧٢ - مسألة : (وَيَجُوزُ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ) بِغَيْرِ خِلَافٍ
نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ إِنَّمَا كَانَ لِحَقِّ السَّيِّدِ ، فَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ بِإِذْنِهِ ؛
لِزَوَالِ الْمَانِعِ .

١٩٧٣ - مسألة : (وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُمَا الْحَجَرُ ، إِلَّا فِيمَا أُذِنَ لَهُمَا فِيهِ ،

الإنصاف

قوله : وَيَجُوزُ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ . بِلا نزاع .

قوله : وَلَا يَنْفَكُ عَنْهُمَا الْحَجَرُ إِلَّا فِيمَا أُذِنَ لَهُمَا فِيهِ . يَنْفَكُ عَنْهُمَا الْحَجَرُ فِيمَا
أُذِنَ لَهُمَا فِيهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ ،
نَصَّ عَلَيْهِ . وَفِي طَرِيقَةِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ، لَا يَنْفَكُ الْحَجَرُ عَنْهُمَا ؛ لِأنَّهُ لَوْ أَنْفَكُ

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع لَهُمَا فِيهِ ، وَفِي النَّوعِ الَّذِي أَمْرًا بِهِ .

الشرح الكبير وفي النَّوعِ الَّذِي أَمْرًا بِهِ (لَأَنَّ تَصَرُّفَهُ إِنَّمَا جازَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ وَسَيِّدِهِ ، فزَالِ الْحَجَرُ فِي قَدَرٍ مَا أَذِنَا فِيهِ ذُونَ غَيْرِهِ [١٢٨/٤ ط] كَالْتَوْكِيلِ . فَإِنْ دَفَعَ السَّيِّدُ إِلَى عَبْدِهِ مَا لَا يَتَّجَرُ فِيهِ ، كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ وَيَتَّجَرَ بِهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ فِي ذِمَّتِهِ ، جازَ . وَإِنْ عَيَّنَ لَهُ نَوْعًا مِنَ الْمَالِ يَتَّجَرُ فِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَّجَرَ فِي غَيْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ أَنْ يَتَّجَرَ فِي غَيْرِهِ ، وَيَنْفَكُ عَنْهُ الْحَجَرُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ إِذْنَهُ إِطْلَاقٌ مِنَ الْحَجَرِ وَفَكَ لَهُ ^(١) ، وَالْإِطْلَاقُ لَا يَتَّبَعُضُ ، كَبُلُوغِ الصَّبِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَصَرَّفٌ بِالْإِذْنِ مِنْ جِهَةِ الْآدَمِيِّ ، فَوَجَبَ أَنْ يَخْتَصَّ مَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ ، كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ ، وَمَا قَالَهُ يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا أَذِنَ لَهُ فِي شِرَاءِ ثَوْبٍ لِيَلْبَسَهُ ، أَوْ طَعَامٍ لِيَأْكُلَهُ . وَيُخَالِفُ الْبُلُوغُ ؛ فَإِنَّهُ يَزُولُ بِهِ الْمَعْنَى الْمَوْجِبُ لِلْحَجَرِ ، فَإِنَّ الْبُلُوغَ مَظْنَةُ كَمَالِ الْعَقْلِ الَّذِي يَتِمَكَّنُ بِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ عَلَى وَجْهِ الْمَصْلَحَةِ ، وَهَهُنَا الرُّقُّ سَبَبُ الْحَجَرِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ ، فَتَظِيرُ الْبُلُوغِ فِي الصَّبِيِّ الْعِنَقُ لِلْعَبْدِ ، وَإِنَّمَا يَتَصَرَّفُ الْعَبْدُ بِالْإِذْنِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّبِيَّ يَسْتَفِيدُ بِالْبُلُوغِ قَبُولَ النِّكَاحِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ .

الإِنصاف لما تُصَوِّرَ عَوْدَهُ ، وَلَمَّا اعْتَبِرَ عِلْمُ الْعَبْدِ بِإِذْنِهِ .

قوله : وفي النَّوعِ الَّذِي أَمْرًا بِهِ . يَعْنِي ، يَنْفَكُ عَنْهُمَا الْحَجَرُ فِي النَّوعِ الَّذِي أَمْرًا بِهِ فَقَطْ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَذَكَرَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » رِوَايَةً ، أَنَّهُ إِنْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ فِي نَوْعٍ ، وَلَمْ يَنْهَ عَنْ غَيْرِهِ ، مَلَكَهُ .

(١) سقط من : الأصل .

وَأِنْ أُذِنَ لَهُ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُوجِرَ نَفْسَهُ ،
وَلَا يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ .

١٩٧٤ - مسألة : (وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ ، لَمْ يَجُزْ
أَنْ يُوجِرَ نَفْسَهُ ، وَلَا يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ) وبه قال الشافعي . وَجَوَزَ هُمَا أَبُو
حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ^(١) ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَالْمُكَاتَبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
عَقْدٌ عَلَى نَفْسِهِ ، فَلَا يَمْلِكُهُ بِالْإِذْنِ فِي التِّجَارَةِ ، كَبَيْعِ نَفْسِهِ وَتَزْوِيجِهِ .
وَقَوْلُهُمْ : يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ . مَمْنُوعٌ ، إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ لِسَيِّدِهِ ، وَبِهَذَا فَارَقَ
الْمُكَاتَبُ ؛ فَإِنَّ الْمُكَاتَبَ يَتَصَرَّفُ لِنَفْسِهِ ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْ سَيِّدِهِ .
١٩٧٥ - مسألة : (وَهَلْ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ؟ عَلَى
رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِالْإِذْنِ ، فَاخْتَصَّ بِمَا أُذِنَ فِيهِ ،

فَائِدَةٌ : قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ ، أَنَّهُ كُمُضَارِبٍ فِي الْبَيْعِ نَسِئَةً
وغيرِهِ .

قوله : وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُوجِرَ نَفْسَهُ ، وَلَا
أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ . بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ فِي جَوَازِ إِجَارَةِ عِبِيدِهِ وَبِهَائِمِهِ خِلَافٌ فِي
« الْإِنْتِصَارِ » .

قوله : وَهَلْ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهُمَا مُبَيَّنَّانِ عَلَى
الْخِلَافِ فِي جَوَازِ تَوَكُّلِ الْوَكِيلِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ . وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْجُمْهُورِ ؛

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ رَأَاهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَلِيُّهُ يَتَجَرُّ فَلَمْ يَنْهَهُ ، لَمْ يَصِرْ مَآذُونًا لَهُ .

الشرح الكبير ولم يُؤْذَنْ لَهُ فِي التَّوَكُّيلِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ بَأَنْفُسِهِمْ ، فَمَلَكُوهُ بِنَائِبِهِمْ ، كَالْمَالِكِ الرَّشِيدِ ، وَلِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ .

١٩٧٦ - مسألة : (وَإِنْ رَأَاهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَلِيُّهُ يَتَجَرُّ فَلَمْ يَنْهَهُ ، لَمْ يَصِرْ مَآذُونًا لَهُ) وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، فِي الْعَبْدِ : يَصِيرُ مَآذُونًا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَكَتَ عَنْ حَقِّهِ ، فَكَانَ مُسْقِطًا لَهُ ، كَالشَّفِيعِ إِذَا سَكَتَ عَنْ طَلَبِ الشُّفْعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَصَرَّفَ يَفْتَقِرُ إِلَى الْإِذْنِ ، فَلَمْ يَقُمْ السُّكُوتُ مَقَامَ الْإِذْنِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ وَالْمُرْتَهِنُ سَاكِتٌ ، أَوْ بَاعَهُ الْمُرْتَهِنُ وَالرَّاهِنُ سَاكِتٌ ، وَكَتَصَرَّفَاتِ الْأَجَانِبِ . وَيُخَالِفُ الشُّفْعَةَ ؛ فَإِنَّهَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ إِذَا عَلِمَ ؛ لِأَنَّهَا عَلَى الْفَوْرِ .

الإنصاف منهم الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِب » ، وَ « الْفُرُوع » ، وَابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » أَيْضًا ، فِي هَذَا الْبَابِ . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، فِي بَابِ الْوَكَالَةِ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ بِدُونِ إِذْنٍ أَوْ عُرْفٍ . جَعَلَهُ أَضْلًا فِي عَدَمِ تَوَكُّلِ الْوَكِيلِ .

فائدة : هَلْ لِلصَّبِيِّ الْمَآذُونِ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ ؟ قَالَ فِي « الْكَافِي » : هُوَ كَالْوَكِيلِ . قُلْتُ : لَوْ قِيلَ بَعْدَ جَوَازِهِ مُطْلَقًا ، لَكَانَ مُتَّجِهًا .

قوله : وَإِنْ رَأَاهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَلِيُّهُ يَتَجَرُّ ، فَلَمْ يَنْهَهُ ، لَمْ يَصِرْ مَآذُونًا لَهُ . بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ ، فِيمَا إِذَا رَأَى عَبْدَهُ يَبِيعُ ، فَلَمْ يَنْهَهُ ، وَفِي جَمِيعِ الْمَوَاضِعِ : إِنَّهُ لَا يَكُونُ إِذْنًا ، وَلَا يَصِحُّ التَّصَرُّفُ ، وَلَكِنْ يَكُونُ تَعَرُّيرًا ، فَيَكُونُ ضَامِنًا ، بَحِثْ إِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُطَالَبَ الْمُشْتَرِي بِالضَّمَانِ ، وَإِنْ تَرَكَ

وَمَا اسْتَدَانَ الْعَبْدُ ، فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ ، يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وَعَنْهُ ،
يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ، وَيَتَّبِعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، إِلَّا الْمَاذُونُ لَهُ ، هَلْ يَتَعَلَّقُ
بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

١٩٧٧ - مسألة : (وما استدان العبد ، فهو في رقبته ، يفديه سيده أو يسلمه . وعنه ، يتعلق بذمته ، يتبع به بعد العتق ، إلا المأذون له ، هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين) يقال : إذاً واستدان وتدائن بمعنى . [١٢٩/٤] والعبد قسمان ؛ محجور عليه ، فما لزمه من الدين بغير رضا سيده ، مثل أن يقترض ويشتري شيئاً في ذمته ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يتعلق برقبته . اختارها الخرقي ، وأبو بكر ؛ لأنه ذين لزمه بغير إذن سيده ، فتعلق برقبته ، كالإتلاف . والثانية ، يتعلق بذمته ، يتبعه الغريم به إذا عتق وأيسر . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه متصرف في ذمته بغير إذن سيده ، فتعلق بذمته ، كعوض الخلع من الأمة ، وكالحر . القسم الثاني ، المأذون له في التصرف أو في الاستدانة ، فما يلزمه من الدين

الواجب عندنا كفعل المحرم ، كما نقول في من قدر على إنجاء إنسان من هلكة ، الإنصاف بل الضمان هنا أقوى .

قوله : وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده ، أو يسلمه . وعنه ، يتعلق بذمته ، يتبع به بعد العتق ، إلا المأذون له ، هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين . وذكر المصنف للعبد إذا استدان حاليتين ؛ إحداهما ، أن يكون غير مأذون له ، فلا يصح تصرفه ، لكن إن تصرف في عين المال ؛ إما لنفسه أو للغير ، فهو

هل يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، أَوْ ذِمَّةَ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : يُبَاعُ إِذَا طَالَبَ الْغُرْمَاءُ بِبَيْعِهِ . وَهَذَا مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ بِرِضَا مَنْ لَهُ الدَّيْنُ^(١) ، فَيُبَاعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ رَهْنَهُ . وَالثَّانِيَةُ ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَلْزَمُ مَوْلَاهُ جَمِيعُ مَا آذَانَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، قُضِيَتْ دَيُّونُهُ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ ، تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ وَأَيَّسَرَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ بِرِضَا مَنْ لَهُ الدَّيْنُ ، أَشْبَهَ غَيْرَ الْمَآذُونِ ، أَوْ فَوَجَبَ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ اقْتَرَضَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فَقَدْ أَغْرَى النَّاسَ بِمُعَامَلَتِهِ وَأُذِنَ فِيهَا ، فَصَارَ ضَامِنًا ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُمْ : دَايِنُوهُ . أَوْ أُذِنَ فِي اسْتِدَانَةِ تَرْيَدٍ عَلَى قِيَمَتِهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الدَّيْنِ الَّذِي لَزِمَهُ فِي التَّجَارَةِ الْمَآذُونِ فِيهَا ، أَوْ فِيمَا لَمْ يُؤْذَنَ لَهُ فِيهِ ، مِثْلَ أَنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فِي الْبُرْ^(٢) ، فَاتَّجَرَ فِي غَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَكُ عَنِ التَّعْزِيرِ ، إِذْ يَظُنُّ النَّاسُ أَنَّهُ مَآذُونٌ لَهُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا .

كَالْغَاصِبِ ، أَوْ الْفُضُولِيِّ ، عَلَى مَا هُوَ مُقَرَّرٌ فِي مَوَاضِعِهِ . وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ ، لَمْ يَصِحَّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ ، وَيُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ عِتْقِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ الْخِلَافَ ، وَصَاحِبُ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرُهُمَا ، اخْتِمَالَيْنِ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِيصِ » وَجْهَيْنِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، إِنْ وَجَدَ مَا أَخَذَهُ ، فَلَهُ أَخْذُهُ مِنْهُ وَمِنْ السَّيِّدِ إِنْ كَانَ بِيَدِهِ . فَإِنْ

(١) فِي م : « الْعَيْنِ » .

(٢) فِي ر : « الْبُرْ » .

الشرح الكبير

فصل : فأما أروش جنائياته ، وقِيمُ مُتَلَفَاتِهِ ، فهي مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، سواءً كان مَأْذُونًا لَهُ أَوْ لَا ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وبه يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَكُلُّ مَا تَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ خَيْرُ السَّيِّدِ ^(١) بَيْنَ تَسْلِيمِهِ لِلْبَيْعِ ^(٢) وَبَيْنَ فِدَائِهِ ، فَإِذَا بِيْعَ ، وَكَانَ ثَمَنُهُ أَقْلُ مِمَّا عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لِرَبِّ الدِّينِ إِلَّا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ هُوَ الْجَانِي ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَى غَيْرِهِ شَيْءٌ . وَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ أَكْثَرَ ، فَالْفَضْلُ لِلْسَّيِّدِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّ السَّيِّدَ لَا يَرْجِعُ بِالْفَضْلِ . وَلَعَلَّهُ يَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَوَضًا عَنِ الْجِنَايَةِ ، فَلَمْ يَنْقُ لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهْ إِيَّاهُ عَوَضًا عَنِ الْجِنَايَةِ . وَلَيْسَ هَذَا صَحِيحًا ؛ فَإِنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ،

تَلَفَ مِنَ الْعَبْدِ فِي يَدِ السَّيِّدِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ، وَإِنْ شَاءَ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَإِنْ أَهْلَكَ الْعَبْدُ ، فَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ ، أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ؛ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَنَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْخِرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ، وَغَيْرُهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزُّرْكَاشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ . وَهُوَ مِنَ الْمُفْرَدَاتِ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ، وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » ، وَ« الزُّرْكَاشِيِّ » ، وَتَقَدَّمَ رِوَايَةُ حَنْبَلٍ . وَعَنْهُ ، إِنْ فَدَاهُ ، فَدَاهُ بِكُلِّ الْحَقِّ ، بِالْعَاقِبَةِ مَا بَلَغَ . ذَكَرَهَا فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، إِنْ عَلِمَ رَبُّ الْعَيْنِ أَنَّهُ عَبْدٌ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ . نَصُّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، كَمَا تَقَدَّمَ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَشْتَرَى » .

(٢) فِي م : « لِلْمَيْعِ » .

فهو كما لو جَنَى [١٢٩/٤ ط] عليه حُرٌّ ، والجاني لا يَجِبُ عليه أَكْثَرُ مِنْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، وَلَأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ ، فَكَانَ الْفَضْلُ مِنْ ثَمَنِهِ لِسَيِّدِهِ ، كَالرَّهْنِ . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ دَفَعَهُ عِوَضًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عِوَضًا ، لَمَلَكَه الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يُبْعَ فِي الْجِنَايَةِ ، وَإِنَّمَا دَفَعَهُ لِيُبَاعَ فَيُؤْخَذَ مِنْهُ عِوَضُ الْجِنَايَةِ وَيُرَدَّ إِلَيْهِ الْبَاقِي ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَتَلَفَ دِرْهَمًا ، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّ سَيِّدِهِ مِنْهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ الدَّرْهَمِ مِنْ غَيْرِ ثَمَنِهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ ، لَزِمَهُ أَقْلُ

لَوْ أَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ ، فَعَلَى السَّيِّدِ الَّذِي عَلَيْهِ . نَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، وَهُوَ صِحَّةُ تَصَرُّفِهِ إِذَا تَلَفَ ، ضَمِنَهُ بِالْمُسَمَّى . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَضْمَنُهُ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَإِلَّا بِقِيَمَتِهِ . وَعَلَى الرِّوَايَةِ الثَّلَاثَةِ أَيْضًا ، إِنْ وَجَدَهُ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، انْتَزَعَهُ صَاحِبُهُ مِنْهُ ؛ لِتَحْقِيقِ إِعْسَارِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ السَّيِّدِ ، لَمْ يُنْتَزَعْ مِنْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ . وَاخْتَارَ صَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، جَوَازَ الْاِنْتِزَاعِ مِنْهُ . انْتَهَى . وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ ، لَمْ يَضْمَنُهُ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ ثَمَنُهُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ [١٤٥/٢ ط] أَوْ بِذِمَّتِهِ ؟ عَلَى الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ . وَكَذَا إِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، فَمُقْتَضَى كَلَامِ الْمَجْدِدِ ، أَنَّهُ لَا يُنْتَزَعُ^(١) ، وَإِنْ كَانَ بِيَدِ الْعَبْدِ ، وَأَنَّ الثَّمَنَ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ . قَالَ : وَيُظْهَرُ قَوْلُ الْمَجْدِدِ ، إِنْ عَلِمَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُقْرِضُ بِالْحَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَيَتَوَجَّهُ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنْ يَكُونَ مَا ذُوقْنَاهُ ، وَيَسْتَدِينُ ، فَيَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ لْغَيْرِهِ ، وَلِهَذَا الْحَجْرُ عَلَيْهِ ، وَتَصَرَّفَ فِي بَيْعِ خِيَارٍ يَفْسَخُ أَوْ إِمضَاءٍ ،

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « يَبْعَرُ » .

الأمرين ؛ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْضٍ جِنَائِيَّةٍ ؛ لِأَنَّ^(١) أَرْضَ الْجِنَائِيَّةِ إِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِغَيْرِ الْعَبْدِ الْجَانِي ؛ لِعَدَمِ الْجِنَائِيَّةِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا تَجِبُ قِيمَتُهُ وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ ، فَلَمْ يَجِبْ بِالْجِنَائِيَّةِ إِلَّا هُوَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ^(١) أَرْضُ الْجِنَائِيَّةِ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَرْعَبَ فِيهِ رَاغِبٌ ، فَيَشْتَرِيهِ بِأَرْضِ الْجِنَائِيَّةِ ، فَإِذَا مَنَعَ مِنْهُ ، لَزِمَهُ جَمِيعُ الْأَرْضِ ؛ لِتَفْوِيتِهِ ذَلِكَ . وَلِلشَافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ تَصَرَّفَ الْعَبْدُ غَيْرُ الْمَأْذُونِ بَيْعٍ ، أَوْ شِرَاءٍ بَعَيْنِ الْمَالِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ فِيمَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِيهِ ، أَشْبَهَ الْمُفْلِسَ ، وَقِيَاسًا عَلَى تَصَرُّفِ الْأَجْنَبِيِّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيَقِفَ عَلَى إِجَازَةِ السَّيِّدِ ، كَتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ . فَأَمَّا شِرَاؤُهُ بِثَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ وَاقْتِرَاضُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ السَّفِيهَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ لِحَقِّ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ الْمُفْلِسَ وَالْمَرِيضَ . وَيَتَفَرَّغُ عَلَى

وُثُوبِ الْمَلِكِ . وَيَنْعَزِلُ وَكَيْلُهُ بَعَزْلٍ سَيِّدِهِ لِلْمَوْكَلِّ ، وَلِذَلِكَ تَعَلَّقَ بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ الْخَرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَنَاطِمُ « الْمُفْرَدَاتِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ مِنَ الرِّوَايَاتِ ، وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَالْخَرَقِيُّ ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَهُوَ مِنْ

(١) سقط من : الأصل .

هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، أَنَّ التَّصَرُّفَ إِنْ كَانَ فَاسِدًا ، فَلِلْبَائِعِ وَالْمُقْرِضِ أَخْذُ مَالِهِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، سِوَاءَ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ السَّيِّدِ ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، فَلَهُ قِيَمَتُهُ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا . فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ شَاءَ كَانَ ذَلِكَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، فَالرَّجُوعُ عَلَيْهِ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : التَّصَرُّفُ صَحِيحٌ . وَالْمَبِيعُ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، فَلِلْبَائِعِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَلِلْمُقْرِضِ الرَّجُوعُ فِيمَا أَقْرَضَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ

مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَصَاحِبُ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَالزَّرْكَشِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَبَنَى الشَّيْخُ تَقَى الدِّينِ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَى أَنَّ تَصَرُّفَهُ مَعَ الْإِذْنِ ، هَلْ هُوَ لِسَيِّدِهِ ، فَيَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ كَوَكِيلِهِ ، أَوْ لِنَفْسِهِ ، فَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ سَيِّدِهِ وَبِرَقَبَتِهِ . وَذَكَرَ فِي « الْوَسِيلَةِ » ، رِوَايَةً ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ . وَنَقَلَ صَالِحٌ ، وَعَبْدُ اللَّهِ ، يُؤْخَذُ السَّيِّدُ بِمَا اسْتَدَانَ لِمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ فَقَطْ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، إِذَا أَدَانَ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ ، وَإِنْ جَنَى ، فَعَلَى سَيِّدِهِ . وَقَالَ فِي « الرُّوضَةِ » : إِنْ أُذِنَ لَهُ مُطْلَقًا ، لَزِمَهُ كُلُّ مَا أَدَانَ ، وَإِنْ قَيْدَهُ بَنَوْعٍ لَمْ يَذْكُرْ فِيهِ اسْتِدَانَةٌ ، فَبِرَقَبَتِهِ ، كَغَيْرِ الْمَادُونِ .

تَنْبِيْهَاتٌ ؛ الْأَوَّلُ ، يَكُونُ التَّعَلُّقُ بِالذِّمَنِ كُلَّهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، وَاخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ . وَفِي « الْوَسِيلَةِ » : يَتَعَلَّقُ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ . وَنَقَلَهُ مُهْنًا . الثَّانِي ، مَحَلُّ الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ فِي الْحَالَتَيْنِ ، إِنَّمَا هُوَ فِي الدِّيُونِ . أَمَّا أَرْوَشُ جِنَايَاتِهِ ،

وَإِذَا بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمَأْذُونِ شَيْئًا ، لَمْ يَصِحَّ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، المقنع

تَحَقَّقَ إِعْسَارُ الْمُشْتَرِيِ وَالْمُقْتَرِضِ ، فَهُوَ أَسْوَأُ حَالًا مِنَ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ . الشرح الكبير
وَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ انْتَزَعَهُ مِنْ يَدِ الْعَبْدِ ، مَلَكَهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْ عَبْدِهِ
مَالًا فِي يَدِهِ بِحَقٍّ ، فَهُوَ كَالصَّيْدِ . فَإِذَا مَلَكَهُ السَّيِّدُ كَانَ كَهَلَاكِهِ فِي يَدِ
الْعَبْدِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ وَالْمُقَرِّضُ انْتِزَاعَهُ مِنَ السَّيِّدِ بِحَالٍ . فَإِنْ كَانَ قَدْ
تَلَفَ ، اسْتَقَرَّ ثَمَنُهُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ ، سَوَاءٌ تَلَفَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوْ
السَّيِّدِ .

١٩٧٨ - مسألة : (وَإِذَا بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمَأْذُونِ لَهُ شَيْئًا ، لَمْ يَصِحَّ

وَقِيمٌ مُتَلَفَاتِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . الإنصاف
وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا رِوَايَةُ ابْنِ مَنْصُورٍ ، إِنْ جَنَى ، فَعَلَى سَيِّدِهِ .
الثَّالِثُ ، عُمُومُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَكَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، يَقْتَضِي جَرِيَانَ الْخِلَافِ ،
وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَقَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا .
وَجَعَلَ ابْنُ حَمْدَانَ فِي « رِعَايَتِهِ » مَحَلَّ الْخِلَافِ ، فِيمَا إِذَا عَجَزَ مَا فِي يَدِهِ عَنِ
الدَّيْنِ .

فَانْدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، حُكْمُ مَا اسْتَدَانَهُ أَوْ اقْتَرَضَهُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ ، حُكْمُ مَا اسْتَدَانَهُ
لِلتَّجَارَةِ بِإِذْنِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالنَّاظِمُ ، وَصَاحِبُ « الرِّعَايَةِ » ،
وغيرُهُمْ . وَقَطَعَ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » بِلُزُومِهِ لِلْسَّيِّدِ ، وَكَذَا قَالَ الشَّيْخُ
تَقَى الدِّينِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمَجْدِ . الثَّانِيَةُ ، لَا فَرْقَ فِيمَا اسْتَدَانَهُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ
فِيمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، أَوْ فِي الَّذِي لَمْ يُؤْذَنَ لَهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فِي الْبَرِّ فَيَتَّجِرُ
فِي غَيْرِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الرِّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وغيرُهُمْ . وَنَقَلَهُ . أَبُو طَالِبٍ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ . وَهُوَ كَمَا قَالَ .
قوله : وَإِنْ بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمَأْذُونِ شَيْئًا ، لَمْ يَصِحَّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ

المقنع وَيَصِحُّ فِي الْآخِرِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ .

الشرح الكبير في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ([١٣٠/٤]) لِأَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ دَيْنٌ فِي ذِمَّتِهِ ، كَغَيْرِ الْمَأْذُونِ لَهُ ، أَوْ كَمَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ (وَيَصِحُّ فِي الْآخِرِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ) لِأَنَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الدَّيْنَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . فَكَأَنَّهُ صَارَ مُسْتَحَقًّا لِأَصْحَابِ الدَّيُونِ ، فَيَصِيرُ كَعَبْدٍ غَيْرِهِ .

الإنصاف المذهب ، صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدُوسٍ ، وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ .
قوله : وَيَصِحُّ فِي الْآخِرِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْحَاوِيِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ .
وقيل : يَصِحُّ مُطْلَقًا . ذَكَرَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَأَمَّا شِرَاءُ السَّيِّدِ مِنْ عَبْدِهِ ، فَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي الْمُضَارَبَةِ ، فِي قَوْلِهِ : وَكَذَلِكَ شِرَاءُ السَّيِّدِ مِنْ عَبْدِهِ .
فائدة : لو ثَبَتَ عَلَى عَبْدٍ دَيْنٌ ، زَادَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، أَوْ أُرْشُ جِنَايَةٍ ، ثُمَّ مَلَكَهُ مِنْ لَدُنْهُ أَوْ الْأُرْشُ ، سَقَطَ عَنْ ذَلِكَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقِيلَ : لَا يَسْقُطُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، ذَكَرُوهُ فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ .

وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ .
وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، ثُمَّ أُذِنَ لَهُ ، فَأَقْرَبَهُ ، صَحَّ .

١٩٧٩ - مسألة : (وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ لَهُ فِي قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ)
دُونَ مَا زَادَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فَهُوَ كَغَيْرِ الْمَأْذُونِ لَهُ ، وَلِأَنَّ الَّذِي
أُذِنَ لَهُ فِيهِ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ ، كَالْحُرِّ .

١٩٨٠ - مسألة : (وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، ثُمَّ أُذِنَ لَهُ فِيهِ ،
فَأَقْرَبَهُ ، صَحَّ) لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ صِحَّةِ إِقْرَارِهِ الْحَجْرُ عَلَيْهِ ، وَقَدْ زَالَ ، وَلِأَنَّهُ
يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ ، وَقِيَاسًا عَلَى
غَيْرِهِ مِنَ الْأَحْرَارِ .

قوله : وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ فِي قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ . هذا المذهب ، وعليه أكثر
الأصحاب . وجزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الوجيز » ،
وغيرهم . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقال أبو بكر ، وابن أبي موسى : إنما
يصحُّ إِقْرَارُ الصَّبِيِّ فيما أُذِنَ لَهُ فِيهِ مِنَ التَّجَارَةِ [١٤٦/٢] إِذَا كَانَ يَسِيرًا . وَأُطْلِقَ
فِي « الرُّوْضَةِ » صِحَّةُ إِقْرَارِ الْمُتَمِيزِ . وَذَكَرَ الْأَدَمِيُّ الْبَغْدَادِيُّ ، أَنَّ السَّفِيهَ وَالْمُتَمِيزَ
إِذَا أَقْرَأَ بَحْدًا أَوْ قَوْدٍ ، أَوْ نَسَبٍ أَوْ طَلَاقٍ ، لَزِمَ ، وَإِنْ أَقْرَأَ بِمَالٍ ، أَخَذَ بَعْدَ الْحَجْرِ .
قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ . وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي السَّفِيهِ . وَهُوَ كَمَا قَالَ . وَيَأْتِي ذَلِكَ
فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ بَاتِمًا مِنْ هَذَا ، وَيَأْتِي هُنَاكَ إِقْرَارُ الْعَبْدِ غَيْرِ الْمَأْذُونِ لَهُ ، فِي كَلَامِ
الْمُصَنِّفِ .

قوله : وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ وَفِي يَدِهِ مَالٌ ، ثُمَّ أُذِنَ لَهُ ، فَأَقْرَبَهُ ، صَحَّ . هذا المذهب .
جزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ،

و « الْمُعْنَى » ، و « التَّلْخِص » ، و « الشَّرْح » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « الْوَجِيز » ، و « تَذَكُّرَةُ ابْنِ عَبْدِوَسَّ » ، وغيرِهِمْ . وقَدَّمَهُ
فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ : ذَكَرَهُ الْأَرْجِيُّ ، وَصَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، وَغَيْرُهُمَا .
وَقِيلَ : إِنَّمَا ذَلِكَ فِي الصَّبِيِّ ، فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ . وَمَنَعَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » عَدَمَ
الصُّحَّةِ ، ثُمَّ سَلَّمَ ذَلِكَ .

فائدة : لو اشترى من يعتق على سيده بلا إذنه^(١) ، صح . قال في « الرعاية
الكبرى » : صح في الأصح . وجزم به في « الهداية » ، و « رءوس المسائل »
له . وأقره في « شرح الهداية » . وقيل : لا يصح . صححه في « النظم » ،
وشيخنا في « تصحيح المحرر » . واختاره القاضي ، قاله المجتهد في « شرحه » ،
وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، في باب المضاربة ، و « المحرر » ،
و « الرعاية الصغرى » ، و « الحاويين » ، و « الفائق » ، و « الفروع » ،
وزاد ، لو اشترى من يعتق على امرأته ، وزوج صاحبة المال . وقال في « الرعاية
الكبرى » ، في باب الكتابة : وإن اشترى زوجته ، أنفسح نكاحها ، وإن اشترى
زوجة سيده ، احتمل وجهين . انتهى . وكذا الحكم لو اشترى امرأة سيده ، أو
صاحبة المال . قاله في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ،
وغيرهم ، في باب المضاربة . فعلى الأول ، لو كان عليه دين ، فقبل : يباع فيه .
قدمه في « الرعاية الكبرى » . وقيل : يعتق . وهو احتمال في « الرعاية » .
وأطلقهما في « الفروع » . ويأتى نظيرها ، لو اشترى المضارب من يعتق على
رب المال في المضاربة . وقد تقدم في أول كتاب الزكاة ، هل يملك العبد بالتملك ،
أم لا ؟ وذكرنا هناك فوائد جمعة ، ذكرها أكثر الأصحاب هنا ، فلترجع هناك .

(١) يباح في الأصل ، ط .

وَلَا يَنْطَلُ الْإِذْنَ بِالْإِبَاقِ .

المقنع

الشرح الكبير

١٩٨١ - مسألة : (وَلَا يَنْطَلُ الْإِذْنَ بِالْإِبَاقِ) وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يَنْطَلُ^(١) به^(٢) ؛ لَأَنَّهُ يُزِيلُ وَلَايَةَ السَّيِّدِ عَنْهُ فِي التَّجَارَةِ ،
بَدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا هِبَتُهُ وَلَا رَهْنُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ
الْإِبَاقَ لَا يَمْنَعُ انْتِدَاءَ الْإِذْنِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ اسْتِدَامَتَهُ ، كَمَا لَوْ
غَضِبَهُ غَاصِبٌ ، أَوْ حُسِسَ بَدْنَيْنِ عَلَيْهِ . وَلَا يَصِحُّ مَا ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ سَبَبَ
الْوَلَايَةِ بَاقٍ ، وَهُوَ الرُّقُّ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَيَنْطَلُ
بِالْمَغْضُوبِ .

قوله : وَلَا يَنْطَلُ الْإِذْنَ بِالْإِبَاقِ . هذا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قال في الإنصاف
« الفروع » : وَلَا يَنْطَلُ إِذْنُهُ بِإِبَاقِهِ فِي الْأَصَحِّ . واختاره القاضي . وجزم به في
« الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ،
و « المغنى » ، و « الشرح » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في
« الرعايتين » ، و « الحاويين » ، و « الفائق » ، و « تذكرة ابن عبدوس » .
وقيل : يَنْطَلُ . اختاره ابن عبدوس في « تذكيرته » . وقدمه في « المستوعب » .
قلت : وهو الصواب . وأطلقهما في « التلخيص » .

فائدة : لو دَبَّرَهُ ، أَوْ اسْتَوْلَدَهَا ، لم يَنْطَلُ إِذْنُهُ . جزم به في « الفروع » . وفي
بُطْلَانِ إِذْنِهِ بَكْتَابَةٍ وَخُرَيْتَةٍ وَأَسْرٍ ، خِلَافٌ فِي « الْإِنْصَارِ » . وفي « الْمُوجِزِ » ،
و « التَّبَصُّرَةِ » ، يَزُولُ مِلْكُهُ بِخُرَيْتَةٍ وَغَيْرِهَا ؛ كَحَجَرٍ عَلَى سَيِّدِهِ . وقال في
« الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « الْمُسْتَوْعَبِ » : يَنْطَلُ إِذْنُهُ بِخُرُوجِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِبَيْعٍ أَوْ
هَبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ سَنَى . وجزما بأنه يَنْطَلُ إِذْنُهُ بِإِيلَادِهَا ، وهو بعيد .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ر ، م .

المقنع
وَلَا يَصِحُّ تَبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بِهَبَةِ الدَّرَاهِمِ وَكُسُوفَةِ الثِّيَابِ .
وَيَجُوزُ هَدِيَّتُهُ لِلْمَأْكُولِ ، وَإِعَارَةُ دَائِيَّتِهِ .

١٩٨٢ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ تَبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بِهَبَةِ الدَّرَاهِمِ
وَكَسُوفَةِ الثِّيَابِ) لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنَ ^(١) التَّجَارَةِ ، وَلَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِيهَا ، فَأُشْبِهَ
غَيْرَ الْمَأْذُونِ لَهُ .

الشرح الكبير

١٩٨٣ - مسألة : (وَتَجُوزُ هَدِيَّتُهُ لِلْمَأْكُولِ ، وَإِعَارَةُ دَائِيَّتِهِ)
وَاتِّخَاذُ الدَّعْوَةِ مَا لَمْ يَكُنْ إِسْرَافًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ :
لَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِ مَوْلَاهُ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَهَبَةِ
الدَّرَاهِمِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ ^(٢) . وَرَوَى
أَبُو سَعِيدٍ مَوْلَى أَبِي ^(٣) أُسَيْدٍ ، أَنَّهُ تَزَوَّجَ ، فَحَضَرَ دَعْوَتَهُ أَنَاسٌ مِنْ

الإنصاف
قوله : وَلَا يَصِحُّ تَبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بِهَبَةِ الدَّرَاهِمِ وَكُسُوفَةِ الثِّيَابِ . بِلَا نِزَاعٍ .

قوله : وَيَجُوزُ - يَعْنِي لِلْعَبْدِ - هَدِيَّتُهُ لِلْمَأْكُولِ وَإِعَارَةُ دَائِيَّتِهِ . وَكَذَا عَمَلُ دَعْوَةٍ
وَنَحْوُهُ ، مِنْ غَيْرِ إِسْرَافٍ فِي الْكُلِّ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ
بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ،
وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«التَّلْخِصِ» ، وَ«الرُّعَايَتَيْنِ» ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ آخِرٍ ، مِنْ أَبْوَابِ الْجَنَائِزِ . عَارِضَةُ الْأُحْوَذِيِّ ٤ / ٢٣٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ
مَا لِلْعَبْدِ أَنْ يَعْطَى وَيَتَصَدَّقَ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ ، وَفِي : بَابِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْكِبَرِ وَالتَّوَضُّعِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّهْدِ . سَنَنَ
ابْنُ مَاجَةَ ٢ / ٧٧٠ ، ١٣٩٨ .

(٣) فِي م : « بَنِي » .

وَهَلْ لِغَيْرِ الْمَأْذُونِ الصَّدَقَةُ مِنْ قُوْتِهِ بِالرَّغِيْفِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ
وَنَحْوِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، مِنْهُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ ، وَحُذَيْفَةُ ، وَأَبُو ذَرٍّ ،
فَأَمَّهُمْ ، وَهُوَ يَوْمَعِذِ عَبْدِ . رَوَاهُ صَالِحٌ^(١) فِي « مَسَائِلِهِ » بِإِسْنَادِهِ^(٢) .
وَلأنَّهُ مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَةُ التُّجَارِ فِيمَا بَيْنَهُمْ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْإِذْنِ .
١٩٨٤ - مَسْأَلَةٌ : (وَهَلْ لِغَيْرِ الْمَأْذُونِ لَهُ الصَّدَقَةُ مِنْ قُوْتِهِ بِالرَّغِيْفِ
وَنَحْوِهِ ، إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ
الْمَالَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنَّمَا أُذِنَ لَهُ فِي الْأَكْلِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الصَّدَقَةَ بِهِ ، كَالضَّيْفِ ،
[١٣٠/٤] لَا^(٣) يَتَصَدَّقُ بِمَا أُذِنَ لَهُ فِي أَكْلِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ ؛ لِأنَّهُ مِمَّا
جَرَتْ الْعَادَةُ بِالمُسَامَحَةِ فِيهِ وَالْإِذْنَ عُرْفًا ، فَجَاز ، كَصَدَقَةِ الْمَرْأَةِ مِنْ بَيْتِ
زَوْجِهَا .

و « الْحَاوِثِينَ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوسٍ » ،
وغيرهم . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . اخْتَارَهُ الْأَرْجِيُّ .

قَوْلُهُ : وَهَلْ لِغَيْرِ الْمَأْذُونِ لَهُ الصَّدَقَةُ مِنْ قُوْتِهِ بِالرَّغِيْفِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ ؟ عَلَى
رِوَايَتَيْنِ . يَعْنِي لِلْعَبْدِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِيصِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ،
يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ٣٤٨/٤ ، ٣٤٩ .

(٣) فِي م : « وَلَا » .

المقنع [١٢٠] وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بغيرِ إِذْنِهِ بَنَحُو
ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

١٩٨٥ - مسألة : (وهل للمرأة الصَّدَقَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بغيرِ إِذْنِهِ
بَنَحُو ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إحداهما ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ عَائِشَةَ قَالَتْ : قَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَا أَنْفَقَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا ، غَيْرَ مُفْسِدَةٍ ، كَانَ
لَهَا أَجْرُهَا ، وَلَهُ مِثْلُهُ بِمَا كَسَبَ ، وَلَهَا بِمَا أَنْفَقَتْ ، وَلِلْخَازَنِ مِثْلُ ذَلِكَ ،
مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ أَجُورِهِمْ شَيْءٌ » . وَلَمْ يَذْكُرْ إِذْنًا . وَعَنْ أَسْمَاءَ ،
أَنَّهَا جَاءَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لَيْسَ لِي (١) شَيْءٌ إِلَّا مَا
أَدْخَلَ عَلَيَّ الزُّبَيْرُ ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ أَرْضَخَ (٢) مِمَّا يُدْخِلُ عَلَيَّ ؟ قَالَ :
« أَرْضَخِي مَا اسْتَطَعْتَ ، وَلَا تُوعِي (٣) ، (٤) فَيُوعِيَ اللَّهُ (٥) عَلَيْكَ » . مُتَّفَقٌ

الشرح الكبير

وغيرهما . واختاره ابنُ عَبْدِ دُوسٍ وغيره . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ
فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ .
فَائِدَةٌ : لَا تَصِحُّ هَبَةُ الْعَبْدِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . قَالَ
الْحَارِثِيُّ : وَهَذَا عَلَى كِلَا الرِّوَايَتَيْنِ ؛ الْمِلْكُ ، وَعَدَمُهُ .

الإنصاف

قوله : وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بغيرِ إِذْنِهِ بَنَحُو ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أى : أعطى شيئا قليلا .

(٣) أى : لا تشحى بالنفقة .

(٤ - ٥) في الأصل ، ر ، ق : « فَيُوعِي » .

عليهما^(١). وروى أن امرأة أتت النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إنا كل على أزواجنا وآبائنا^(٢) ، فما يحل لنا من أموالهم ؟ قال : « الرطب^(٣) »

وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « الكافي » ، و « التلخيص » ، و « الفائق » ؛ إحداهما ، يجوز . وهو المذهب . وصححه المصنف [٢ / ١٤٦] ، والشارح ، وصاحب « التوضيح » ، و « النظم » . قال الناظم وغيره : لها ذلك ما لم يمنعها . وجزم به في « الوجيز » ، و « المنور » ، و « منتخب الأزجي » ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس في « تذكيرته » ، وغيره . وقدمه في « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ،

(١) أخرج الأول ، البخاري في : باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يتناول بنفسه ، وباب أجر الخادم إذا تصدق ... ، وباب أجر المرأة إذا تصدقت ... ، من كتاب الزكاة ، وفي باب قول الله تعالى : ﴿ أَنْفَقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبُوا ﴾ ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٣٩/٢ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ٧٣/٣ : ومسلم ، في : باب أجر الخازن الأمين والمرأة إذا تصدقت ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٠/٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب المرأة تصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٩١/١ ، ٣٩٢ . والترمذي ، في : باب نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٧٧/٣ . والنسائي ، في : باب صدقة المرأة من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٤٩/٥ . وابن ماجه ، في : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٧٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٤/٦ .

والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الصدقة في ما استطاع ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب هبة المرأة لغير زوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ١٤١/٢ ، ٢٠٧/٣ . ومسلم ، في : باب الحث في الإنفاق وكراهة الإحصاء ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٤/٢ . كما أخرجه النسائي ، في : باب الإحصاء في الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥٥/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٤٥/٦ ، ٣٤٦ ، ٣٥٣ .

(٢) في م : « أبائنا » .

(٣) الرطب : ما لا يدخر ولا يبقى كالفواكه والبقول والأطبخة . النهاية في غريب الحديث ٢٣٢/٢ .

تَأْكُلِيْنَهُ وَتُهْدِيْنَهُ»^(١) . ولأنَّ العادةَ السَّماحُ بذلك ، وطِيبُ النَّفْسِ به ، فَجَرَى مَجْرَى صَرِيحِ الإِذْنِ ، كما أَنَّ تَقْدِيْمَ الطَّعامِ بَيْنَ يَدَيِ الأَكْلَةِ قامَ مَقامَ صَرِيحِ الإِذْنِ في أَكْلِهِ . والثَّانِيَةُ ، لا يَجُوزُ ؛ لِما^(٢) رَوَى أَبُو أَمَامَةَ البَاهِلِيُّ ، قال : سَمِعْتُ رَسولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لا تُنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئاً مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » . قِيلَ : يا رَسولَ اللَّهِ ، ولا الطَّعامُ ؟ قال : « ذاكَ أَفْضَلُ أَمْوالِنا » . رَواهُ سَعِيدٌ في « سُنَنِه »^(٣) . وقال النَبِيُّ ﷺ : « لا يَجِلُّ مالُ امرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَن نَفْسٍ مِنْهُ »^(٤) . وقال : « إِنْ اللَّهُ حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوالَكُمْ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، في شَهْرِكُمْ هَذَا ، في بَلَدِكُمْ هَذَا »^(٥) . ولأنَّه تَبَرُّعٌ بِمالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فلم يَجْزُ ، كغَيْرِ الزَّوْجَةِ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الأحاديثَ فيه خاصَّةٌ صَحِيحَةٌ ، والخاصُّ يُقَدِّمُ على العامِّ ويُبَيِّنُهُ ، ويُعرَّفُ أنَّ المرادَ بالعامِّ غَيْرُ الصُّورَةِ

و « الرَّعائِيْنِ » ، و « الحاوِيْنِ » ، و « الفُروعِ » ، وقال : والمُرَادُ ، إِلَّا أَنْ يَضْطَرَّ العُرْفُ ، وَيُشْكَّ في رِضاها ، أو يَكُونُ بِخِيلاً ، وَتَشْكُ في رِضاها ، فلا

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٩٢/١ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) وأخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٦/٢ .
والترمذى ، في : باب في نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة ، وفي : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحمدي ١٧٦/٣ ، ١٧٧ ، ٢٧٦/٨ ، وابن ماجه ، في : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٧٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٧/٥ .

(٤) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٢/٥ ، ١١٣ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٢٦/٣ .

(٥) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل في صفة الحج في ٣٦٣/٨ .

المَخْصُوصَةِ ، والحديث الخاصُّ للرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ضَعِيفٌ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ
المرأة على غيرها ؛ لأنها بحُكْمِ العَادَةِ تَتَصَرَّفُ فِي مَالِ زَوْجِهَا ، وَتَتَبَسَّطُ
فِيهِ ، وَتَتَصَدَّقُ مِنْهُ بِحُضُورِهِ وَغَيْبَتِهِ ، وَالإِذْنُ الْعُرْفِيُّ يَقُومُ مَقَامَ الإِذْنِ
الْحَقِيقِيِّ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهَا : أَفْعَلِي هَذَا . فَأَمَّا إِنْ مَنَعَهَا ذَلِكَ ، وَقَالَ :
لَا تَتَصَدَّقِي بِشَيْءٍ ، وَلَا تَتَبَرَّعِي مِنْ مَالِي بِقَلِيلٍ وَلَا كَثِيرٍ . لَمْ يَجُزْ لَهَا ذَلِكَ ؛
لأنَّ الْمَنَعَ الصَّرِيحَ يَنْفِي الإِذْنَ الْعُرْفِيَّ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ مَمْنُوعَةً
مِنَ التَّصَرُّفِ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا ، كَالَّتِي يُطْعِمُهَا بِالْفَرَضِ ، وَلَا يُمَكِّنُهَا مِنْ
طَعَامِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ مَنَعَهَا بِالْقَوْلِ . فَإِنْ كَانَ [١٣١/٤] فِي بَيْتِ الرَّجُلِ مَنْ
يَقُومُ مَقَامَ امْرَأَتِهِ ، كَجَارِيَتِهِ وَأُخْتِهِ وَغُلَامِهِ الْمُتَصَرِّفِ فِي بَيْتِ سَيِّدِهِ
وَطَعَامِهِ ، فَهُوَ كَالزَّوْجَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا ؛ لَوْجُودِ الْمَعْنَى فِيهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

يَصِحُّ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ . نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ، كَصَدَقَةِ الرَّجُلِ مِنْ طَعَامِ
المرأة ، وَكَمَنْ يُطْعِمُهَا بِفَرَضٍ وَلَمْ يَعْلَمْ بِرِضَاهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَلَمْ يُفَرَّقْ
أَحَدٌ .

بَابُ الْوَكَالَةِ

الشرح الكبير

بَابُ الْوَكَالَةِ

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ ^(١) . فَجَوَزَ الْعَمَلُ عَلَيْهَا ، وَذَلِكَ بِحُكْمِ النَّبَاةِ عَنِ الْمُسْتَحِقِّينَ . وَأَيْضًا قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ ^(٢) . وَهَذِهِ وَكَالَةٌ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ، وَالْأَثَرُ ، وَابْنُ مَاجَهَ ^(٣) ، بِإِسْنَادِهِمْ ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الْجَعْدِ ، قَالَ : عُرِضَ لِلنَّبِيِّ ﷺ جَلْبٌ ، فَأَعْطَانِي دِينَارًا ، فَقَالَ : « يَا عُرْوَةُ ، أَتَيْتِ الْجَلْبَ ، فَاشْتَرَيْتِ لَنَا شَاةً » . قَالَ : فَاتَيْتُ الْجَلْبَ فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أُسَوِّقُهُمَا - أَوْ أَقُودُهُمَا - فَلَقِينِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ ، فَاتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ بِالْدِّينَارِ

الإنصاف

بَابُ الْوَكَالَةِ

فائدة : الْوَكَالَةُ عِبَارَةٌ عَنْ إِذْنٍ فِي تَصَرُّفٍ يَمْلِكُهُ الْإِذْنُ فِيمَا تَدْخُلُهُ النَّبَاةُ . قَالَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : هِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اسْتِنَابَةِ الْجَائِزِ التَّصَرُّفِ مِثْلَهُ ، فِيمَا لَهُ فِعْلُهُ حَالِ الْحَيَاةِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هِيَ فِي الْإِصْطِلَاحِ ، التَّفْوِيزُ فِي شَيْءٍ خَاصٍّ فِي الْحَيَاةِ . وَلَيْسَ بِجَامِعٍ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : هِيَ عِبَارَةٌ عَنْ اسْتِنَابَةِ الْغَيْرِ فِيمَا تَدْخُلُهُ النَّبَاةُ .

(١) سورة التوبة ٦ .

(٢) سورة الكهف ١٩ .

(٣) تقدم تخريجه في ٥٦/١١ .

تَصِحُّ الْوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ ، وَكُلِّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ
يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ .

وبالشَّاقِ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ : هَذَا دِينَارُكُمْ وَهَذِهِ شَاتِكُمْ . قَالَ :
« وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » قَالَ : فَحَدَّثْتُهُ الْحَدِيثَ . فَقَالَ : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ
فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ » . هَذَا لَفْظُ رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١) بِإِسْنَادِهِ
عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ
اللَّهِ ﷺ وَقُلْتُ : إِنِّي أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ . فَقَالَ : « أَنْتَ وَكَيْلِي ،
فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسَقًا ، فَإِنْ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى
تَرْقُوتهِ » . وَرَوَى عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ وَكَّلَ عَمْرَو بْنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ فِي قَبُولِ نِكَاحِ
أُمِّ حَبِيبَةَ ، وَأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ ^(٢) . وَأَجْمَعَتِ الْأُمَّةُ عَلَى
جَوَازِ الْوَكَالَةِ فِي الْجُمْلَةِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُمَكِّنُ كُلَّ
أَحَدٍ فِعْلًا مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ بِنَفْسِهِ .

١٩٨٦ - مسألة : (تَصِحُّ الْوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ ، وَكُلِّ
قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ) لَا تَصِحُّ الْوَكَالَةُ إِلَّا بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ؛
لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَانْتَقَرَّ إِلَى الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ،

قوله : تَصِحُّ الْوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ . كَقَوْلِهِ : وَكُلْتُكَ فِي كَذَا . أَوْ :
فَوَضَعْتُ إِلَيْكَ . أَوْ : أَذِنْتُ لَكَ فِيهِ . أَوْ : بَعَثَهُ . أَوْ : أَعْقَبَهُ . أَوْ : كَاتَبَهُ . وَنَحْوَ ذَلِكَ .

(١) في : باب في الوكالة ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢/٢٨٢ .

(٢) الأول أخرجه البيهقي ، في : باب الوكالة في النكاح ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/١٣٩ .
والثاني تقدم تخريجه في ٨/٣٢٦ .

كالبيع . والإيجاب هو كل لفظ دلَّ على الإذن ، نحو قوله : افعلْ كذا . وأذنت لك في فعله . فإنَّ النبيَّ ﷺ [١٣١/٤ ط] وَكَلَّ عُروَةَ بْنَ الْجَعْدِ في شراءِ شاةٍ بلفظِ الشراء . وكذلك قوله تعالى حكايةً عن أهل الكهف : ﴿ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ ﴾ . ولأنه لفظ دلَّ على الإذن ، فهو كقولهِ : وَكَلْتُكَ .

هذا المذهب ، نصُّ عليه ، وعليه الأصحاب . ونقل جعفرٌ ، إذا قال : بع هذا . ليس بشيء ، حتى يقول : وَكَلْتُكَ . وتأوَّلَه القاضي على التأكيد ؛ لتصه على انعقاد البيع باللفظ والمُعاطاة ، وكذا الوكالة . قال ابن عقيل : هذا ذأبُ شيخنا ، أن يُحْمِلَ كلامَ أحمدَ على أظهره ، ويضرفه عن ظاهره ، والواجب أن يُقال : كلُّ لفظٍ روايةٌ . ويصحَّح الصَّحيح^(١) . قال الأزرقي : ينبغي أن يُعَوَّلَ في المذهب على هذا ؛ حتى لا يصير المذهب روايةً واحدةً . وقال التَّائِطُ :

وكلُّ مَقَالٍ يُفْهَمُ^(٢) الإذنَ صَحَّحَنُ به عقدها من مُطلقٍ ومُقيدٍ وعنه : سوى فَوُضْتُ أمرَ كذا له^(٣) ووكلتُ فيه فارددته وبعُد^(٤)

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المُصنِّفِ وغيره ، عدمُ صحَّةِ الوكالةِ بالفعلِ الدَّالِّ عليها مِنَ الموكَّلِ . وهو صحيحٌ . وقال في « الفروع » : دلَّ كلامُ القاضي المُتقدِّم على انعقادِ الوكالةِ بالفعلِ ، مِنَ الموكَّلِ ، الدَّالُّ عليها ، كالبيع . قال : وهو ظاهرُ كلامِ الشَّيْخِ ، يعني به المُصنِّفُ ، في مَنْ دَفَعَ ثَوْبَهُ إلى قِصَّارٍ ، أو خِيَّاطٍ . وهو أَظْهَرُ . انتهى .

(١) في الأصل ، ط : « التصحيح » .

(٢) في النسخ : « يفهم منه » ، وهي زيادة على الوزن .

(٣ - ٢) كذا في النظم . وفي النسخ : « ووكلته فيه ارددته فبعد » .

المقنع وَيَصِحُّ الْقَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ وَالتَّرَاحِي ، بَأَنْ يُوكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَيَبِّعُهُ بَعْدَ سَنَةٍ ، أَوْ يُبَلِّغَهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ مِنْذُ شَهْرٍ ، فَيَقُولُ : قَبِلْتُ .

الشرح الكبير وَيَكْفِي فِي الْقَبُولِ قَوْلُهُ : قَبِلْتُ . وَكُلُّ لَفْظٍ دَلَّ عَلَيْهِ . وَيَجُوزُ بِكُلِّ فِعْلٍ دَلَّ عَلَيْهِ أَيْضًا ، نَحْوُ أَنْ يَفْعَلَ مَا أَمَرَهُ بِفِعْلِهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِينَ وَكَّلَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ لَمْ يُنْقَلْ عَنْهُمْ سِوَى امْتِثَالِ أَمْرِهِ . وَلِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَجَازَ الْقَبُولُ فِيهِ ^(١) بِالْفِعْلِ ، كَأَكْلِ الطَّعَامِ .

١٩٨٧ - مسألة : (وَيَجُوزُ الْقَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ وَالتَّرَاحِي ، نَحْوُ أَنْ يُوكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَيَبِّعُهُ بَعْدَ سَنَةٍ ، أَوْ يُبَلِّغَهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ مِنْذُ شَهْرٍ ، فَيَقُولُ : قَبِلْتُ) لِأَنَّ قَبُولَ وَكَلَاءِ النَّبِيِّ ﷺ كَانَ بِفِعْلِهِمْ ، وَكَانَ مُتَرَاخِيًا عَنْ تَوْكِيلِهِ إِيَّاهُمْ ، وَلِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، وَالْإِذْنُ قَائِمٌ ^(٢) مَا لَمْ يَرْجَعْ عَنْهُ ، أَشْبَهَ الْإِبَاحَةَ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

الإنصاف قوله : وَكُلُّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ . يَصِحُّ الْقَبُولُ بِكُلِّ قَوْلٍ مِنَ الْوَكِيلِ يَدُلُّ عَلَيْهِ ، بِلاِ نِزَاعٍ . وَكَذَا كُلُّ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ ، وَصَحَّحَهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : لَا يَنْعَقِدُ الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ .

فوائد : الأولى ، مِثْلُ ذَلِكَ سَائِرُ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ ؛ كَالشَّرِكَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْمُسَاقَاةِ ، فِي أَنَّ الْقَبُولَ يَصِحُّ بِالْفِعْلِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : ظَاهِرُ كَلَامِ صَاحِبِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ق : « دَائِمٌ » .

فصل : وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، نَحْوَ قَوْلِهِ : إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ فَأَفْعَلْ كَذَا . أَوْ : إِذَا جَاءَ الشِّتَاءُ فَاشْتَرِ لَنَا كَذَا . وَ : إِذَا جَاءَ الْأَصْحَى فَاشْتَرِ لَنَا أَصْحِيَّةً . وَ : إِذَا طَلَبَ مِنْكَ أَهْلِي ^(١) شَيْئًا فَادْفَعْهُ إِلَيْهِمْ . وَ : إِذَا دَخَلَ رَمَضَانُ فَقَدْ وَكَلْتُكَ فِي كَذَا . أَوْ : فَأَنْتَ وَكِيلِي . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَصِحُّ ، لَكِنْ إِنْ تَصَرَّفَ صَحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لَوْجُودِ الْإِذْنِ ، وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِجُعْلٍ ، فَسَدَ الْمُسَمَّى ، وَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِهِ فِي الْحَيَاةِ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَجَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ » ^(٢) . وَهَذَا فِي مَعْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ اعْتَبِرَ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ ^(٣) حُكْمُهُ ، وَهُوَ إِبَاحَةُ التَّصَرُّفِ وَصِحَّتُهُ ، فَكَانَ صَحِيحًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ وَكِيلِي فِي بَيْعِ عَبْدِي إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ . وَلِأَنَّهُ لَوْ قَالَ : وَكَلْتُكَ فِي شِرَاءِ كَذَا فِي وَقْتِ كَذَا . صَحَّ بِلَا خِلَافٍ ، وَمَحَلُّ التَّزَاعُ فِي مَعْنَاهُ . وَلِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، أَشْبَهَ الْوَصِيَّةَ وَالتَّأْمِيرَ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ « يَصِحُّ بِغَيْرِ جُعْلٍ » ، وَلَا يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ، فَصَحَّ بِالْجُعْلِ ، كَالْتَّوَكِيلِ النَّاجِزِ .

« التَّلْخِصِ » ، أَوْ صَرِيحُهُ ، أَنَّ هَذِهِ الْعُقُودُ مِثْلُ الْوَكَالَةِ . الثَّانِيَةُ ، يُشْتَرَطُ لَصِحَّةِ الْوَكَالَةِ تَعْيِينَ الْوَكِيلِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ ، وَغَيْرُهُمْ ، فِي مَسْأَلَةٍ : تَصَدَّقْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ١٨١/٥ ، ١٨٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٠٤/١ ، ٢٥٦ ، ٢٩٩/٥ ، ٣٠٠ .

(٣) زيادة من : م .

(٤ - ٤) جاء هذا في الأصل ، ر ، ق بعد قوله : « أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ » في السطر التالي .

المقنع وَلَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ وَالتَّوَكُّلُ فِي شَيْءٍ ، إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ .

الشرح الكبير

١٩٨٨ - مسألة : (وَلَا يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ وَالتَّوَكُّلُ فِي شَيْءٍ ، إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ) لِأَنَّ مَنْ « لَا يَصِحُّ » تَصَرُّفُهُ بِنَفْسِهِ ، فَبِنَائِبِهِ أُولَى . وَكُلُّ مَنْ صَحَّ تَصَرُّفُهُ فِي شَيْءٍ بِنَفْسِهِ ، وَكَانَ مِمَّا تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، صَحَّ أَنْ يُوَكَّلَ فِيهِ ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً ، حُرًّا أَوْ عَبْدًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا . فَأَمَّا

الإنصاف

بالَّذِينَ الذِي عَلَيْكَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْصَارِ » : لَوْ وَكَّلَ زَيْدًا ، وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ ، أَوْ لَمْ يَعْرِفِ الْوَكِيلُ مُوَكَّلَهُ ، لَمْ تَصِحَّ . الثَّالِثَةُ ، تَصِحُّ الْوَكَالَةُ مُوقَّتَةً ، بِلَا نِزَاعٍ ، وَمُعَلَّقَةً بِشَرْطٍ - عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصًّا عَلَيْهِ ، وَقَطْعًا بِهِ أَكْثَرُهُمْ ؛ كَوَصِيَّةٍ ، وَإِبَاحَةِ أَكْلِهِ ، وَقَضَاءٍ ، وَإِمَارَةٍ ، وَكَتَعْلِيْقٍ تَصَرُّفٍ - كَقَوْلِهِ : وَكُلْتُكَ الْآنَ أَنْ تَبِيعَ بَعْدَ شَهْرٍ . أَوْ : تَعْتِقَهُ إِذَا جَاءَ الْمَطَرُ . أَوْ : تُطَلَّقَ هَذِهِ إِذَا جَاءَ زَيْدٌ . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، فِي تَعْلِيْقٍ وَقَفَرِ بِشَرْطٍ : لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ تَوَكُّيلٍ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ بِصِفَةٍ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُ تَصَرُّفٍ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُ فَسْخَرِ . الرَّابِعَةُ ، لَوْ أَبَى أَنْ يَقْبَلَ الْوَكَالَةَ ؛ قَوْلًا أَوْ فِعْلًا ، فَهُوَ كَعَزْلِهِ نَفْسَهُ . قَالَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قُلْتُ : وَيَحْتَمِلُ لَا .

قوله : وَلَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ وَالتَّوَكُّلُ فِي شَيْءٍ ، إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ مَا سَيَمْلِكُهُ ، أَوْ فِي طَلَاقٍ مِمَّنْ يَتَزَوَّجُهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ إِذِ الْبَيْعُ وَالطَّلَاقُ لَمْ يَمْلِكْهُ فِي الْحَالِ . ذَكَرَهُ الْأَزْجَرِيُّ . وَذَكَرَ غَيْرُهُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، لَوْ قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ هَذِهِ ، فَقَدْ وَكُلْتُكَ فِي طَلَاقِهَا ، وَإِنْ اشْتَرَيْتُ هَذَا الْعَبْدَ ، فَقَدْ وَكُلْتُكَ فِي عِتْقِهِ . صَحَّ إِنْ قُلْنَا :

(١ - ١) فِي م : « يَصِحُّ » .

الشرح الكبير

مَنْ يَتَصَرَّفُ بِالْأَذْنِ ؛ كَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لَهُ ، وَالْوَكِيلِ ، وَالْمُضَارِبِ ، فَلَا يَدْخُلُونَ [١٣٢/٤ و] فِي هَذَا ، لَكِنْ يَصِحُّ مِنَ الْعَبْدِ التَّوَكُّلُ فِيمَا يَمْلِكُهُ دُونُ سَيِّدِهِ ، كَالطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَاهِهِ ، لَا يُوَكَّلُ إِلَّا فِيمَا لَهُ فِعْلُهُ ، كَالطَّلَاقِ ، وَالْخُلْعِ ، وَطَلَبِ الْقِصَاصِ . وَكُلُّ « مَا صَحَّ أَنْ » يَسْتَوْفِيهِ بِنَفْسِهِ وَتَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، صَحَّ أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِهِ فِيهِ ، إِلَّا الْفَاسِقُ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ « أَنْ يَقْبَلَ » النِّكَاحَ لِنَفْسِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَهُ لغيرِهِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ شَيْخِنَا فِي الْكِتَابِ الْمَشْرُوحِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَيْ الخَطَّابِ . وَهُوَ الْقِيَاسُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . فَأَمَّا تَوَكُّلُهُ فِي الْإِجَابِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تُثَبِّتُ الْوِلَايَةَ لَهُ . وَذَكَرَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَوْلِيٍّ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلنِّكَاحِ ، أَشْبَهَ الْوَلِيِّ . وَلِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ،

يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُمَا عَلَى مِلْكِهِمَا . وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ فِي « التَّلْخِيصِ » : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، الْإِنْصَافُ صِحَّةُ مَا إِذَا قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ فَلَانَةَ ، فَقَدْ وَكَّلْتُكَ [٤٧/٢ و] فِي طَلَاقِهَا . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَيَخْرُجُ وَجْهٌ ، لَا يَصِحُّ .

قَبِيْهِه : يُسْتَنْتَى مِنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ صِحَّةُ تَوَكُّلِ الْحُرِّ الْوَاجِدِ الطَّوْلَ فِي قَبُولِ نِكَاحِ الْأُمَةِ لِمَنْ تَبَاحُ لَهُ ، وَصِحَّةُ تَوَكُّلِ الْغَنِيِّ فِي قَبْضِ الزَّكَاةِ لِفَقِيرٍ ؛ لِأَنَّ سَلْبَهُمَا الْقُدْرَةَ تَنْزِيْهٌ ، لِمَعْنَى يَقْتَضِيْ مَنْعَ الْوَكَاةِ . قَالَه الْأَصْحَابُ . وَلَيْسَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا ،

المقنع وَيَجُوزُ التَّوَكُّلُ فِي كُلِّ حَقٍّ آدَمِيٍّ مِنَ الْعُقُودِ، وَالْفُسُوحِ، وَالْعِتْقِ،

الشرح الكبير فلم يَجُزْ أَنْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ ، كَالْمَرَأَةِ . وَيَصِحُّ تَوَكُّلُ الْمَرَأَةِ فِي طَلَاقِ نَفْسِهَا وَغَيْرِهَا . وَيَصِحُّ تَوَكُّلُ الْعَبْدِ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ مَمَّنْ يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَ لِنَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا يَقِفُ ذَلِكَ عَلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِيَرْضَى بِتَعَلُّقِ الْحُقُوقِ بِهِ . وَمَنْ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي شَيْءٍ لِنَفْسِهِ ، لَا يَصِحُّ أَنْ يَتَوَكَّلَ فِيهِ ، كَالْمَرَأَةِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَقَبُولِهِ ، وَالْكَافِرِ فِي تَزْوِيجِ مُسْلِمَةٍ ، وَالطِّفْلِ وَالْمَجْنُونِ فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا . وَلِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِنَفْسِهِ . وَلَهُ أَنْ يَتَوَكَّلَ بِجُعْلٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ اكْتِسَابِ الْمَالِ ، وَلَا يُنْتَعَمُ مِنَ الْاِكْتِسَابِ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَوَكَّلَ بِغَيْرِ جُعْلٍ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ كَأَعْيَانِ مَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ بِذَلِكَ عَيْنٌ مَالَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ . وَتَصِحُّ وَكَالَةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ بِإِذْنِهِ .

١٩٨٩ - مسألة : (وَيَجُوزُ التَّوَكُّلُ فِي كُلِّ حَقٍّ آدَمِيٍّ مِنَ الْعُقُودِ ،

الإِنصاف ويجوزُ أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسُهَا بِالْوَكَاةِ ، وَأَمْرًا غَيْرَهَا . وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَقْبَلَ نِكَاحَ أُخْتِهِ مِنْ أَبِيهِ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .

فائدة : صِحَّةُ وَكَالَةِ الْمُمَيَّزِ فِي الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ ، مَبْنِيٌّ عَلَى صِحَّتِهِ مِنْهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَفِي « الرَّعَايَةِ » ، فِيهِ لِنَفْسِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ رَوَايَتَانِ بِلَا إِذْنٍ ، وَفِيهِ مِنَ الْمَذْهَبِ لِنَفْسِهِ رَوَايَتَانِ . وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، لَوْ كَلَّ الْعَبْدُ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ . وَأَحْكَامٌ أُخَرُ .

قوله : وَيَجُوزُ التَّوَكُّلُ فِي كُلِّ حَقٍّ آدَمِيٍّ ؛ مِنَ الْعُقُودِ ، وَالْفُسُوحِ ، وَالْعِتْقِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالرَّجْعَةِ . يَشْمَلُ كَلَامُهُ ؛ الْحَوَالَةَ ، وَالرَّهْنَ ، وَالضَّمَانَ ، وَالْكَفَالَةَ ،

وَالطَّلَاقَ ، وَالرَّجْعَةَ ، وَتَمْلِكُ الْمُبَاحَاتِ مِنَ الصَّيْدِ وَالْحَشِيشِ ،
وَنَحْوِهِ ، إِلَّا الظُّهَارَ ، وَاللَّعَانَ ، وَالْأَيْمَانَ .

الشرح الكبير

وَالْفُسُوحَ ، وَالْعِتْقَ ، وَالطَّلَاقَ ، وَالرَّجْعَةَ ، وَتَمْلِكُ الْمُبَاحَاتِ مِنَ
الصَّيْدِ وَالْحَشِيشِ ، وَنَحْوِهِ ، إِلَّا الظُّهَارَ ، وَاللَّعَانَ ، وَالْأَيْمَانَ (وَجُمْلَةُ
ذَلِكَ ، أَنَّ التَّوَكِيلَ يَجُوزُ فِي الشَّرَاءِ ، وَالْبَيْعِ ، وَمُطَابَلَةِ الْحُقُوقِ ،
وَالْعِتْقِ ، وَالطَّلَاقِ ، حَاضِرًا كَانَ الْمُوَكَّلُ أَوْ غَائِبًا . وَقَدْ ذَكَرْنَا الدَّلِيلَ عَلَى
ذَلِكَ مِنَ الْآيَةِ وَالْخَبَرِ ، وَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مَمَّنْ لَا يُحْسِنُ
الْبَيْعَ وَالشَّرَاءَ ، أَوْ لَا يُمَكِّنُهُ الْخُرُوجُ إِلَى السُّوقِ ، وَقَدْ يَكُونُ لَهُ مَالٌ وَلَا
يُحْسِنُ التَّجَارَةَ فِيهِ ، وَقَدْ يُحْسِنُ وَلَا يَتَفَرَّغُ ، وَقَدْ لَا تَلِيقُ بِهِ التَّجَارَةُ لِكَوْنِهِ
امْرَأَةً ، أَوْ مَمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهَا وَيَحْطُ ذَلِكَ مِنْ مَنْزِلَتِهِ ، فَأَبَاحَهَا الشَّرْعُ دَفْعًا
لِلْحَاجَةِ ، وَتَحْصِيلًا لِمَصْلَحَةٍ [١٣٢/٤ ط] الْأَدَمِيُّ الْمَخْلُوقَ لِعِبَادَةِ اللَّهِ

الإِنصاف

وَالشَّرِكَةَ ، وَالْوَدِيعَةَ ، وَالْمُضَارَبَةَ ، وَالْجَعَالََةَ ، وَالْمُسَاقَاةَ ، وَالْإِجَارَةَ ،
وَالْقَرْضَ ، وَالصُّلْحَ ، وَالْهَبَةَ^(١) ، وَالصَّدَقَةَ ، وَالْوَصِيَّةَ ، وَالْإِبْرَاءَ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ .
لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَكَذَا الْمُكَاتَبَةُ ، وَالتَّذْيِيرُ ، وَالْإِنْفَاقُ ، وَالْقِسْمَةُ ، وَالْحُكُومَةُ .
وَكَذَا الْوَكَالَةُ فِي الْوَقْفِ . ذَكَرَهُ الزَّرْكَشِيُّ ، وَابْنُ رَزِينٍ . وَحَكَاهُ فِي الْجَمِيعِ
إِجْمَاعًا .

تبيينه : قوله : وَالْعِتْقَ ، وَالطَّلَاقَ . يَجُوزُ التَّوَكِيلُ فِي الْعِتْقِ ، وَالطَّلَاقِ ، بَلَا
نِزَاعٍ . لَكِنْ لَوْ وَكَّلَ عَبْدُهُ أَوْ غَرِيمَهُ أَوْ امْرَأَتَهُ فِي إِعْتَاقِ عَبِيدِهِ ، وَإِبْرَاءِ غُرَمَائِهِ ، وَطَّلَاقِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَدَنَةُ » ، فِي ط : « الْمَدِينَةُ » .

سبحانه . وكذلك يجوزُ التَّوكِيلُ في الحَوَالَةِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمانِ ،
والكَفَالَةِ ، والشَّرَكَةِ ، والودِيعَةِ ، والمضارَبَةِ ، والجَعَالَةِ ، والمُسَاقَاةِ ،
والإِجَارَةِ ، والقَرْضِ ، والصُّلْحِ ، والهَبَةِ ، والصَّدَقَةِ ، والوصِيَّةِ ،
والفَسْخِ ، والإِبْرَاءِ ؛ لأنها في مَعْنَى البَيْعِ في الْحَاجَةِ إِلَى التَّوكِيلِ فيها ،
فِيُثْبِتُ فيها حُكْمَهُ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . ويجوزُ التَّوكِيلُ في الخُلْعِ
والرَّجْعَةِ ؛ لأنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ ، كدُعَائِهَا إِلَى التَّوكِيلِ في البَيْعِ . ويجوزُ
التَّوكِيلُ في تَحْصِيلِ الْمُبَاحَاتِ ؛ كإِخْيَاءِ الْمَوَاتِ ، وَاسْتِقَاءِ الْمَاءِ ،
والاضْطِْيَادِ ، والاحتِشَاشِ ؛ لأنها تَمْلِكُ مالًا بِسَبَبٍ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ ، فجاز
التَّوكِيلُ فيه ، كالإِيتِياعِ والانتِهَابِ .

نسائه ، لم يَمْلِكْ عِتْقَ نَفْسِهِ ، ولا طَلَاقَهَا ، ولا إِبْرَاءَهَا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
وقيل : يَمْلِكُ ذلك . وَجَزَمَ بِهِ الْأَرْجَى فِي الْعِتْقِ وَالْإِبْرَاءِ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو أُذِنَ لَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالٍ ، لم يَجُزْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ لِنَفْسِهِ ،
إذا كان من أَهْلِ الصَّدَقَةِ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نصُّ عليه ، في رِوَايَةِ ابْنِ
بَخْتَانَ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ إِنْ دَلَّتْ قَرِينَةٌ عَلَى إِرَادَةِ أَخْذِهِ مِنْهُ ،
وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ مُطْلَقًا . ذَكَرَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » . وَيَأْتِي فِي أَرْكَانِ النِّكَاحِ ، هل
لِلوَكِيلِ فِي النِّكَاحِ أَنْ يُزَوِّجَ نَفْسَهُ ، أم لا ؟ الثَّانِيَةُ ، يجوزُ التَّوكِيلُ فِي الْإِقْرَارِ .
والصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ الْوَكَالَتَ فِيهِ إِقْرَارٌ بِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،
و « الْحَاوِثِينَ » ، و « الْفَاتِحِ » ، وَالْفَخْرُ فِي « طَرِيقَتِهِ » . قال في « الرَّعَايَةِ
الصُّغْرَى » : وَالتَّوكِيلُ فِي الْإِقْرَارِ إِقْرَارٌ ، فِي الْأَصَحِّ . وقال في « الْكُبْرَى » : وفي
صِحَّةِ التَّوكِيلِ فِي الْإِقْرَارِ وَالصُّلْحِ وَجْهَانِ . وقيل : التَّوكِيلُ فِي الْإِقْرَارِ إِقْرَارٌ .

الشرح الكبير

فصل : ولا تصح في الأيمان والنذور ؛ لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر ، فأشبهت العبادات البدنية والحدود . ولا تصح في الإيلاء والقسامة واللعان ؛ لأنها أيمان . ولا في الظهار ؛ لأنه قول منكرو زور ، فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ، ولا تجوز في القسم بين الزوجات ؛ لأنها تتعلق بيد الزوج لأمر يختص به . ولا في الرضاع ؛ لأنه يختص بالمرضعة^(١) بنات لحم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها . ولا تصح في العصب ولا في الجنائيات ؛ لأن ذلك محرم ، وكذلك كل محرم ؛ لأنه لا يحل له فعله بنفسه ، فلم تجز النيابة فيه .

وقيل : بقول : جعلته مقراً . انتهى . وظاهر كلام الأكرين ، أنه ليس بإقرار . وهو ظاهر ما قدمه في « الفروع » وغيره . وقال الأزجي : لا بُدَّ من تعيين ما يُقرُّ به ، ولأرجح في تفسيره إلى المؤكل .

قوله : وتملك المباحات ؛ من الصيد والحشيش ، ونحوه . كإحياء الموات ، واستقاء الماء . يعنى ، أنه يجوز التوكيل في تملك المباحات ؛ لأنه يملك بسبب لا يتعين عليه ، فجاز ، كالإتياع ، والانتهاج . وهذا الصحيح من المذهب . قال في « الفروع » : وتصح الشراكة والوكالة في تملك مباح في الأصح ، كالاستيجار عليه . وجزم به في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « التلخيص » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقيل : لا يصح . قلت : والنفس تميل إلى ذلك ؛ لأن المؤكل لا يملكه عند الوكالة ، وهو من المباحات ، فمن

(١) بعده في م : « المرتضع لأمر يختص » .

المقنع وَيَجُوزُ أَنْ يُوكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحَ ، وَمَنْ يُزَوِّجُ وَلَيْتَهُ إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمَوْلَيْتِهِ .

الشرح الكبير ١٩٩٠ - مسألة : (وَيَجُوزُ أَنْ يُوكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحَ ، وَمَنْ يُزَوِّجُ وَلَيْتَهُ إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمَوْلَيْتِهِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ عَمْرُو بْنُ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيُّ وَأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ لَهُ ^(١) . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا احتَاجَ إِلَى التَّزْوِجِ مِنْ مَكَانٍ بَعِيدٍ لَا يُمَكِّنُهُ السَّفَرُ إِلَيْهِ ، كَمَا تَزَوَّجَ النَّبِيُّ ﷺ أُمَّ حَبِيبَةَ وَهِيَ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ ^(٢) . وَيَجُوزُ أَنْ يُوكَّلَ مَنْ يُزَوِّجُ وَلَيْتَهُ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ لِمَوْلَيْتِهِ . وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فَاسِقًا ؟ يَتَبَنَّى عَلَى اشْتِرَاطِ ذَلِكَ فِي وِلَايَةِ النِّكَاحِ ، وَسَيُذَكَّرُ فِي بَابِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الإينصاف اسْتَوَلَى عَلَيْهِ مَلَكُهُ . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَقِيلَ : مَنْ وَكَّلَ فِي احْتِشَاشٍ وَاحْتِطَابٍ ، فَهَلْ يَمْلِكُ الْوَكِيلُ مَا أَخَذَهُ أَوْ مُوَكَّلُهُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . انْتَهَى . قَوْلُهُ : إِلَّا الظُّهَارَ وَاللَّعَانَ وَالْأَيْمَانَ . وَكَذَا الْإِيلَاءُ ، وَالْقَسَامَةُ ، وَالشَّهَادَةُ ، وَالْمَعْصِيَةُ . وَيَأْتِي حُكْمُ الْوَكَاةِ فِي الْعِبَادَاتِ .

قَوْلُهُ : وَيَجُوزُ أَنْ يُوكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحَ ، وَمَنْ يُزَوِّجُ وَلَيْتَهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ

(١) الأول تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٦ .

والثاني تقدم تخريجه في ٣٢٦/٨ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الولي ، وباب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨١/١ ، ٤٨٦ . والنسائي ، في : باب القسط في الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٧/٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٧/٦ .

فصل : ولا يصح التوكيل في الشهادة ؛ لأنها تتعلق بعين الشاهد ؛ لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه ^(١) ، فإن استناب فيها ، كان النائب شاهداً على شهادته ؛ لكونه يؤدى ما سمعه من شاهد الأصل ، وليس بوكيل ^(٢) . ولا يصح في الاغتنام ؛ لأنه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد ، فكان السهم له . ولا في الالتقاط ؛ لأنه بأخذه يصير لملتقطه .

[١٣٣/٤] **فصل : ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق ، وإثباتها ، والمحاكمة فيها ،** حاضراً كان الموكل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً . وبه قال مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً ؛ لأن حضوره مجلس الحكم ^(٣) ومخاصمته حق لخصمه

بشرطه ، فيشترط لصحة عقد النكاح تسمية الموكل في صلب العقد . ذكره الإنصاف في « الانتصار » ، و « المغنى » ، و « الشرح » . وقال في « الرعاية الكبرى » : وإن قال : قبلت هذا النكاح . ونوى أنه قبله لموكله ، ولم يذكره ، صح . قلت : ويحتمل ضده ، بخلاف البيع . انتهى . وقال في « الترغيب » : لو قال الوكيل : قبلت نكاحها . ولم يقل : لفلان . فوجهان . وأطلقهما في « الفروع » . ويأتى ذلك أيضاً في باب أركان النكاح ، عند قوله : ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ، وإن كان حاضراً . باتم من هذا .

(١) في الأصل : « بابه » .

(٢) في الأصل ، ق : « توكيل » .

(٣) في م : « الحاكم » .

عليه ، فلم يَكُنْ له نَقْلُهُ إلى غيرِه بغيرِ رِضَاءِ خَصْمِهِ ، كالذَّيْنِ عليه . ولنا ،
أنَّهُ حَقٌّ تَجُوزُ النِّيَابَةُ فيه ، فكان^(١) لصاحِبِهِ الاستِثْنَاءُ بغيرِ رِضَاءِ خَصْمِهِ ،
كحَالَةِ غَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ ، وكَدْفَعِ المَالِ الذِي عليه ، ولأنَّهُ إجماعُ الصحابةِ ،
رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ؛ فَإِنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَكُلُّ عَقِيلًا عِنْدَ أَيْ بَكْرٍ ،
رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وقال : ما قُضِيَ له فلي ، وما قُضِيَ عليه فعلي . ووَكَّلَ
عَبْدُ اللهِ بِنَ جَعْفَرٍ عِنْدَ عُثْمَانَ ، وقال : إِنَّ لِلْخُصُومَةِ قَحْمًا ، وَإِنَّ الشَّيْطَانَ
يَحْضُرُهَا ، وَإِنِّي لَأَكْرَهُ أَنْ أُحْضَرَهَا^(٢) . قال أَبُو زَيْادٍ^(٣) : القَحْمُ
المَهَالِكُ . وهذه قِصَصٌ اشْتَهَرَتْ ؛ لَأَنَّهَا فِي مَطْنَةِ الشُّهُرَةِ ، فلم يُنْقَلْ
إِنْكَارُهَا . ولأنَّ الحَاجَةَ تَدْعُو إلى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ له حَقٌّ ، أَوْ يُدْعَى

الإنصاف

قوله : إذا كان مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمَوْلَتِهِ . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ تَوْكِيلُ
فَاسِقٍ فِي إيجَابِ النِّكَاحِ ، إِلَّا عَلَى رِوَايَةِ عَدَمِ اشْتِرَاطِ [١٤٧/٢ ط] عَدَالَةِ الْوَلِيِّ .
على ما يَأْتِي فِي بَابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ ، إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى . وَأَمَّا قَبُولُ النِّكَاحِ مِنْهُ ،
فَيَصِحُّ لِنَفْسِهِ ، فَكَذَا يَصِحُّ لِغَيْرِهِ . وهو ظاهرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وفي قَوْلِهِ :
ولا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ ولا التَّوَكُّلُ فِي شَيْءٍ إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ . واختارَهُ أَبُو
الْخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . قال الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ : وهو الْقِيَاسُ . وقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وقال الْقَاضِي : لا يَصِحُّ قَبُولُهُ
لِغَيْرِهِ . قال فِي « التَّلْخِيسِ » : اختارَهُ أَصْحَابُنَا إِلَّا ابْنَ عَقِيلٍ . وقَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَةِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجهما البيهقي ، في : باب التوكيل في الخصومات مع الحضور والغيبة ، من كتاب الوكالة . السنن الكبرى ٨١/٦ .

(٣) في اللسان (ق ح م) أنه أبو زيد الكلابي .

عليه ، ولا يُخسِنُ الخُصُومةَ ، أو لا يُحِبُّ أن يَتَوَلَّاهَا بِنَفْسِهِ . وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الْإِقْرَارِ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ لِحَقِّ ، فلم يَجْزِ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ، كَالشَّهَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِثْبَاتٌ حَقٌّ فِي الذِّمَّةِ بِالْقَوْلِ ، فجاز التَّوَكُّيلُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ ، وفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهَا لَا تُثَبِّتُ الْحَقَّ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِخْبَارٌ بِثُبُوتِهِ عَلَى غَيْرِهِ . وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي إِثْبَاتِ الْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَاسْتِيفَائِهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ حُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ ، وَتَدْعُو الْحَاجَّةُ إِلَى التَّوَكُّيلِ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْحَقُّ قَدْ لَا يُخسِنُ الِاسْتِيفَاءَ ، أو لا يُحِبُّ أن يَتَوَلَّاهَا .

الكُبْرَى ، و « شَرَحَ ابْنُ رَزِينَ » . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : الْإِنْصَافُ وَلَا يُوَكَّلُ فَاسِقٌ فِي نِكَاحٍ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » . وَيَأْتِي ذَلِكَ أَيْضًا فِي أَرْكَانِ النِّكَاحِ . وَأَمَّا السَّفِيهَةُ ، فَيَقِيلُ : يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ وَكِيلًا فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ فِيهِمَا . قَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ رَزِينَ فِي « شَرْحِهِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، و « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » . وَقِيلَ : يَصِحُّ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ دُونَ إِجْبَابِهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : قُلْتُ : إِنْ قُلْنَا : يَتَزَوَّجُ السَّفِيهَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ . فَلَهُ أَنْ يُوَكَّلَ وَيَتَوَكَّلَ فِي إِجْبَابِهِ وَقَبُولِهِ ، وَلَا فَلَ . انْتَهَى . وَهُوَ الصَّوَابُ ، وَظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْبَابِ الَّذِي قَبْلَهُ ، هَلْ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُزَوِّجَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَمْ لَا ؟ وَهَلْ يُيَاشِرُ الْعَقْدَ ، أَمْ لَا ؟ . وَيَأْتِي فِي أَرْكَانِ النِّكَاحِ ، هَلْ لِلْوَكِيلِ الْمُطْلَقِ فِي النِّكَاحِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا لِنَفْسِهِ ، أَمْ لَا ؟

المقنع وَيَصِحُّ فِي كُلِّ حَقٍّ لِلَّهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، مِنْ الْعِبَادَاتِ وَالْحُدُودِ ، فِي إِبْتَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا .

الشرح الكبير ١٩٩١ - مسألة : (وَيَجُوزُ فِي كُلِّ حَقٍّ لِلَّهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ ، مِنْ الْعِبَادَاتِ وَالْحُدُودِ ، فِي إِبْتَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا) كَحَدِّ الزَّوْنِ وَالسَّرْقَةِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « اَعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا ، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَأَرْجُمُهَا » . فَعَدَا عَلَيْهَا أُنَيْسٌ ، فَاعْتَرَفَتْ ، فَأَمَرَ بِهَا فَرَجَمَتْ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَجْمِ مَا عَزَرَ ، فَرَجَمُوهُ ^(٢) . وَوَكَّلَ عُثْمَانُ عَلِيًّا

الإنصاف قوله : وَيَصِحُّ فِي كُلِّ حَقٍّ لِلَّهِ تَعَالَى ، تَدْخُلُهُ النَّيَابَةُ مِنْ الْعِبَادَاتِ . كَالصَّدَقَاتِ وَالزُّكُوتِ وَالْمَنْذُورَاتِ وَالْكَفَّارَاتِ . بَلَا نِزَاعٍ أَعْلَمُهُ . وَأَمَّا الْعِبَادَاتُ الْبَدَنِيَّةُ

(١) أخرجه البخاري ، في : باب الوكالة في الحدود ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب إذا اصطالحوا على جور فالصلح مردود ، من كتاب الصلح ، وفي : باب الشروط التي لا تحمل في الحدود ، من كتاب الشروط ، وفي : باب هل يأمر الإمام رجلاً فيضرب الحد غائباً عنه ، من كتاب الحدود ، وفي : باب كيف كان يمين النبي ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفي : باب الاعتراف بالزنى ، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى ... ، من كتاب الحدود ، وفي : باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفي : باب ما جاء في إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخاري ٣ / ١٣٤ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٨٤٦ / ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢١٤ ، ٩٤ / ١١٠ . ومسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٤ ، ١٣٢٥ . كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في درء الحد عن المعتز إذا رجع ، وفي : باب ما جاء في الرجم على الثيب ، من أبواب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٣ ، ٢٠٥ . والنسائي ، في : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١١ . وابن ماجه ، في : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٢ . والدارمي ، في : باب الاعتراف في الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٧ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ٨٢٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٠ . وأبو داود ، في : باب رجم ماعز بن مالك ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٥٦ - ٤٥٩ . والدارمي ، في : باب الاعتراف بالزنا ، من كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٦٢ .

في إقامة حَدِّ الشُّرْبِ على الوليد بن عُقْبَةَ . رواه مسلم^(١) . ولأن الحاجة تدعو إليه ؛ لأنَّ الإمام لا يُمكنه تَوَلَّى ذلك بنفسه . ويجوز التَّوكِيلُ في إثباتها . وقال أبو الخطاب : لا يجوز . وهو قول الشافعي ؛ لأنها تسقط بالشُّبُهات ، وقد أمرنا بدرئها بها ، والتَّوكِيلُ توصل إلى الإيجاب . ولنا ، حديث أنيس الذي ذكرناه ، فإنَّ النبي ﷺ وكله في إثباته [١٣٣/٤ ظ] واستيفائه جميعاً بقوله : « فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمَهَا » . وهذا يدلُّ على أنه لم يكن ثبت ، وقد وكله في إثباته . ولأنَّ الحاكم إذا استتاب ، دخل في ذلك الحُدُودُ ، فإذا دخلت في التَّوكِيلِ بطريق العموم ، فبالخصوص يكون دخولها أولى ، والوكيل يقوم مقام الموكَّل في درئها بالشُّبُهات .

الْمَحْصَةُ ؛ كالصَّلَاةِ ، والصَّوْمِ ، والطَّهَارَةِ مِنَ الْحَدَثِ ، فلا يجوز التَّوكِيلُ فيها ، إلا الصَّوْمَ الْمَنْذُورَ ، يُفْعَلُ عَنِ الْمَيْتِ ، على ما تقدَّم في بابهِ ، وليس ذلك بوكالةٍ . ويصحُّ التَّوكِيلُ في الْحَجِّ ، وَرَكَعَتَيْ^(٢) الطَّوَافِ فيه تدخل تبعاً له .

قوله : والحدود في إثباتها واستيفائها . هذا المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » ، و « النظم » . واختاره القاضي في « المجرد » ، وابن عبدوس في « تذكيرته » . وقدمه في « المغني » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن رزين » ، ونصروه . وقدمه ابن منجى في « شرحه » . وقال أبو الخطاب : لا تصحُّ الوكالة في إثباته ، وتصحُّ في استيفائه . جزم به في « الهداية » ،

(١) في : باب حد الخمر ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣٣١/٣ ، ١٣٣٢ .

(٢) في الأصل ، ط : « وركعتي » .

فصل : فأما العبادات ، فما تعلقَ منها بالمال ؛ كالصَّدقاتِ ، والزَّكَاةِ ،
والمُنْدُورَاتِ ، والكَفَّارَاتِ ، جاز التَّوَكُّيلُ في قَبْضِهَا وَتَفْرِيقِهَا . وَيَجُوزُ
 لِلْمُخْرِجِ التَّوَكُّيلُ في إِخْرَاجِهَا وَدَفْعِهَا إِلَى مُسْتَحِقِّهَا . وَيَجُوزُ أَنْ يَقُولَ
 لغيرِهِ : أَخْرِجْ زَكَاةَ مَالِي مِنْ مَالِكَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ عُمَّالَهُ لِقَبْضِ
 الصَّدَقَاتِ وَتَفْرِيقِهَا ، وَقَالَ لِمُعَاذٍ حِينَ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ : « أَعْلِمُهُمْ أَنَّ
 عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ ، فَتُرَدُّ فِي فَقَرَائِهِمْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١) .
 وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الْحَجِّ إِذَا آيَسَ الْمَحْجُوجُ عَنْهُ مِنَ الْحَجِّ بِنَفْسِهِ ، وَكَذَلِكَ
 الْعُمْرَةُ . وَيَجُوزُ أَنْ يُسْتَنْابَ مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ بَعْدَ الْمَوْتِ . فَأَمَّا الْعِبَادَاتُ الْبَدَنِيَّةُ
 الْمَحْضَةُ ؛ كَالصَّلَاةِ ، وَالصَّيَامِ ، وَالطَّهَارَةِ مِنَ الْحَدَثِ ، فَلَا يَجُوزُ
 التَّوَكُّيلُ فِيهَا ؛ فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِبَدَنِ مَنْ هِيَ عَلَيْهِ ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُ بِمَقَامِهِ ، إِلَّا
 أَنْ الصَّيَامَ الْمُنْدُورَ يُفْعَلُ عَنِ الْمَيِّتِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَوَكُّيلٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكَّلْ
 فِي ذَلِكَ ، وَلَا وَكَّلَ فِيهِ غَيْرُهُ . وَلَا يَجُوزُ فِي الصَّلَاةِ إِلَّا فِي رَكْعَتَيِ الطَّوَافِ
 تَبْعًا لِلْحَجِّ . وَلَا تَجُوزُ الْأَسْتِنَابَةُ فِي الطَّهَارَةِ إِلَّا فِي صَبِّ الْمَاءِ وَإِصَالِهِ إِلَى
 الْأَعْضَاءِ ، وَفِي تَطْهِيرِ النَّجَاسَةِ عَنِ الْبَدَنِ وَالثَّوْبِ وَغَيْرِهِمَا .

و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي
 « الْمُسْتَوْعِبِ » . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » : وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
 « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِثَيْنِ » ، و « الْفَائِقِ » .

(١) تقدم تخريجه في ٩٩/٢ ، ٢٩١/٦ .

وَيَجُوزُ الْإِسْتِيفَاءُ فِي حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ وَغَيْبَتِهِ ، إِلَّا الْقِصَاصَ وَحَدَّ
الْقَذْفِ عِنْدَ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، لَا يَجُوزُ فِي غَيْبَتِهِ .

الشرح الكبير

١٩٩٢ - مسألة : (وَيَجُوزُ الْإِسْتِيفَاءُ فِي حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ وَغَيْبَتِهِ)
نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ (إِلَّا الْقِصَاصَ وَحَدَّ الْقَذْفِ عِنْدَ بَعْضِ
أَصْحَابِنَا ، لَا يَجُوزُ فِي غَيْبَتِهِ) وَقَدْ أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَبَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَغْفُو الْمُوَكَّلُ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ ، فَيَسْقُطَ ،
وَهَذَا الْاِحْتِمَالُ شُبْهَةٌ تَمْنَعُ الْإِسْتِيفَاءَ . وَلِأَنَّ الْعَفْوَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ ، فَإِذَا حَضَرَ
اِحْتَمَلُ أَنْ يَرْحَمَهُ فَيَغْفُو . وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ مَا جازَ اسْتِيفَاؤُهُ
فِي حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ ، جازَ فِي غَيْبَتِهِ ، كَالْحُدُودِ وَسَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَاحْتِمَالُ
الْعَفْوَ بَعِيدٌ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَوْ عَفَا لِبَعَثَ وَأَعْلَمَ وَكَيْلَهُ بِعَفْوِهِ ، وَالْأَصْلُ
عَدَمُهُ ، فَلَا يُؤَثِّرُ ، « أَلَا تَرَى » أَنَّ قَضَاةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا يَحْكُمُونَ
فِي الْبِلَادِ ، وَيُقِيمُونَ الْحُدُودَ الَّتِي تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، مَعَ اِحْتِمَالِ النَّسْخِ .
وكَذَلِكَ لَا يُخْتَاطُ^(١) فِي اسْتِيفَاءِ الْحُدُودِ بِإِحْضَارِ الشُّهُودِ ، مَعَ اِحْتِمَالِ
رُجُوعِهِمْ عَنِ الشَّهَادَةِ ، « أَوْ تَغْيِيرُ^(٢) اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ .

قوله : وَيَجُوزُ الْإِسْتِيفَاءُ فِي حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ وَغَيْبَتِهِ ، إِلَّا الْقِصَاصَ ، وَحَدَّ
الْقَذْفِ ، عِنْدَ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، لَا يَجُوزُ فِي غَيْبَتِهِ . مِنْهُمْ ابْنُ بَطَّةَ ، وَابْنُ عَبْدِوسٍ
فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَمَنْ بَعْدَهُ . قَالَ
ابْنُ رَزِينٍ ، عَنْ هَذَا الْقَوْلِ : وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « الْأَثَرُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْاِحْتِيَاظُ » . وَفِي م : « يَخْتَلِطُ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « بَغِيرُ » . وَفِي م : « أَوْ بَغِيرُ » .

استيفائهما في غيبة المؤكِّل . قال في « المُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، وابن رَزِينِ
 في « شَرْحِه » : هذا ظاهرُ المذهب . قال ابنُ مُتَجَّى في « شَرْحِه » ، وصاحبُ
 « الفائقِ » : هذا المذهبُ . وجزمَ به في « الوجيزِ » وغيره . وقدمه في
 « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوک الذَّهَبِ » ، و « المُستَوْعِبِ » ،
 و « الخلاصة » ، و « الحاويين » ، وغيرهم . فعلى المذهبِ ، لو استوفى
 القصاصُ بعدَ عزله ، ولم يَعْلَمْ ، ففي ضَمَانِ المؤكِّلِ وَجْهان . قال أبو بَكْرٍ : لا
 ضَمَانُ عَلَى الوَكِيلِ . فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ : لَعَدَمِ تَفْرِيطِهِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ :
 لِأَنَّ عَفْوَ مُوَكَّلِهِ لَمْ يَصِحَّ ؛ حَيْثُ حَصَلَ عَلَى وَجْهِ لَا يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُهُ ، فَهُوَ كَمَا
 لَوْ عَفَا بَعْدَ الرَّمَى . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَهَلْ يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ ؟ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَلِلْأَصْحَابِ
 طَرِيقَةٌ ثَانِيَةٌ ، وَهِيَ الْبِنَاءُ عَلَى انْعِزَالِهِ قَبْلَ الْعِلْمِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْعَزِلُ . لَمْ يَصِحَّ
 الْعَفْوُ . وَإِنْ قُلْنَا : يَنْعَزِلُ . صَحَّ الْعَفْوُ ، وَضَمِنَ الْوَكِيلُ ، وَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى
 الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَرْجِعُ ؛ لِتَغْرِيرِهِ^(١) . وَالثَّانِي ، لَا . فَعَلَى هَذَا ،
 فَالِدَيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْوَكِيلِ ، عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ خَطَأٌ . وَعِنْدَ الْقَاضِي ، فِي
 مَالِهِ ، وَهُوَ بَعِيدٌ . وَقَدْ يُقَالُ : هُوَ شَبِيهُ عَمْدٍ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ . وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَةٌ
 ثَالِثَةٌ ، وَهِيَ ؛ إِنْ قُلْنَا : لَا يَنْعَزِلُ . لَمْ يَضْمَنْ الْوَكِيلُ . وَهَلْ يَضْمَنُ الْعَامِيُّ ؟ عَلَى
 وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ عَفْوِهِ ، وَتَرَدُّدِ ابْنِ تَغْرِيرِهِ وَإِحْسَانِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَنْعَزِلُ .
 لَزِمَتْهُ الدَّيَّةُ . وَهَلْ تَكُونُ فِي مَالِهِ ، أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهان . وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي
 الْخَطَّابِ ، وَصَاحِبِ « التَّرْغِيبِ » ، وَزَادَ ، وَإِذَا قُلْنَا : فِي مَالِهِ . فَهَلْ يَرْجِعُ بِهَا
 عَلَى الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

(١) فِي ط : « لِتَغْرِيرِهِ » .

وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّيلُ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ الْمُوَكَّلِ . وَعَنْهُ [١٢٠ ط] يَجُوزُ . وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ . وَيَجُوزُ تَوَكُّيلُهُ فِيمَا لَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْهُ لِكَثْرَتِهِ .

الشرح الكبير

١٩٩٣ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ الْمُوَكَّلِ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ . وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ . وَلَهُ التَّوَكُّيلُ فِيمَا لَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْهُ لِكَثْرَتِهِ) [١٣٤/٤ و] وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ التَّوَكُّيلَ لَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَنْتَهَى الْمُوَكَّلُ وَكَيْلَهُ عَنِ التَّوَكُّيلِ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ مَا نَهَاهُ عَنْهُ غَيْرُ دَاخِلٍ فِي إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُوَكَّلْهُ . الثَّانِي ، أَنْ

قوله : وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّيلُ فِيمَا [١٤٨/٢ و] يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « قَوَاعِدِ ابْنِ رَجَبٍ » ، وَغَيْرِهِمْ .

قوله : وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ . يَعْنِي ، أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِمْ فِي شَيْءٍ ، هَلْ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يَعْلَمُهُ ؟ وَهَلْ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَنْيِبَ غَيْرَهُ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ ؟ فَقَطَعَ الْمُصَنِّفُ ، أَنَّ الْوَصِيَّ فِي جَوَازِ التَّوَكُّيلِ وَعَدَمِهِ كَالْوَكِيلِ ، خِلَافًا وَمَذْهَبًا . وَهُوَ إِحْدَى الطَّرِيقَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبِ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَالْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَابْنِ رَزِينٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَّةُ ، يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ التَّوَكُّيلُ ، وَإِنْ مَنَعَاهُ

يَأْذَنَ لَهُ فِي التَّوَكُّيلِ ، فَيَجُوزُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ أَذِنَ فِيهِ ، فَكَانَ لَهُ فِعْلُهُ ، كَالْتَصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . فَإِنْ قَالَ : وَكُلُّكَ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ . فَلَهُ أَنْ يُوكِّلَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكُّيلَ يَقْتَضِي تَصَرُّفًا يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ ، فَقَوْلُهُ : اصْنَعْ مَا شِئْتَ . يَرْجِعُ إِلَى مَا يَقْتَضِيهِ التَّوَكُّيلُ مِنْ تَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ فِيمَا شَاءَ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِهِ التَّوَكُّيلُ . الثَّالِثُ ، أَطْلَقَ لَهُ الْوَكَالَةَ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَقْسَامٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مِمَّا

فِي الْوَكِيلِ . وَرَجَّحَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ أَيْضًا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرَّفٌ بِالْوِلَايَةِ ، وَلَيْسَ وَكِيلًا مَحْضًا ، فَإِنَّهُ مُتَصَرَّفٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ؛ وَلِأَنَّهُ تُعْتَبَرُ عَدَالَتُهُ وَأَمَانَتُهُ . وَأَمَّا إِسْنَادُ الْوَصِيَّةِ مِنَ الْوَصِيِّ إِلَى غَيْرِهِ ، فَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الْمَوْصَى إِلَيْهِ . وَأَمَّا الْحَاكِمُ ، فَقَطَعَ الْمُصَنِّفُ أَيْضًا ، أَنَّهُ كَالْوَكِيلِ فِي جَوَازِ اسْتِنَابَةِ غَيْرِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَهُوَ إِحْدَى الطَّرِيقَتَيْنِ أَيْضًا . وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَصَاحِبِ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَالْمُصَنِّفِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ لَهُ الْاسْتِنَابَةُ وَالْاسْتِخْلَافُ ، وَإِنْ مَنَعْنَا الْوَكِيلَ مِنْهَا . وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي « الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ » ، وَابْنِ عَقِيلٍ . وَاخْتَارَهُ النَّاطِمُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّأً . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِيدِهِ » : بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَاضِي لَيْسَ بِنَائِبِ الْإِمَامِ ، بَلْ هُوَ نَاطِرٌ لِلْمُسْلِمِينَ لَا عَنِ وِلَايَةٍ ؛ وَلِهَذَا لَا يَنْعَزِلُ

الشرح الكبير

يَرْتَفِعُ^(١) الْوَكِيلُ عَنْ مِثْلِهِ ، كَالْأَعْمَالِ الدَّيْنِيَّةِ فِي حَقِّ أَشْرَافِ النَّاسِ الْمُرْتَفِعِينَ عَنْ فِعْلِهَا فِي الْعَادَةِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْ عَمَلِهِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يُحْسِنُهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ^(٢) لَهُ التَّوَكُّيلُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَعْمَلُهُ الْوَكِيلُ عَادَةً ، انْصَرَفَ الْإِذْنُ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ مِنَ الْاسْتِنَابَةِ فِيهِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَعْمَلُهُ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَعْجِزُ عَنْ عَمَلِهِ ؛ لكَثْرَتِهِ وَانْتِشَارِهِ ، فَيَجُوزُ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِي عَمَلِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ اقْتَضَتْ جَوَازَ التَّوَكُّيلِ ،

بِمَوْتِهِ وَلَا بَعْزِهِ ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ فِي وِلَايَتِهِ حُكْمَ الْإِمَامِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ؛ وَلِأَنَّ الْهَائِمَ يَضِيقُ عَلَيْهِ تَوَلَّى جَمِيعِ الْأَحْكَامِ بِنَفْسِهِ ، وَيُؤَدِّي ذَلِكَ إِلَى تَعْطِيلِ مَصَالِحِ النَّاسِ الْعَامَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ وَكَّلَ فِيمَا لَا يُمَكِّنُهُ مُبَاشَرَتُهُ عَادَةً لكَثْرَتِهِ . انْتَهَى . وَالْحَقُّ بِالْحَاكِمِ أَمِينَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » .

فَوَائِدُ تُشَبِّهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْهَا ، الشَّرِيكُ ، وَالْمُضَارِبُ ، هَلْ لهُمَا أَنْ يُوَكَّلَا ، أَمْ لَا ؟ وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي شَرِكَةِ الْعِنَانِ ، وَتَتَكَلَّمُ عَلَيْهَا هُنَاكَ . وَمِنْهَا ، الْوَلِيُّ فِي النِّكَاحِ ، هَلْ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ ، أَوْ لَا ؟ فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُجْبِرًا ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ مُجْبِرًا ، فَلَا إِشْكَالَ فِي جَوَازِ تَوَكُّيلِهِ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ شَرْعًا مِنْ غَيْرِ جِهَةٍ الْمَرَأَةِ ، وَكَذَلِكَ لَا يُعْتَبَرُ مَعَهُ إِذْنُهَا . وَقَطَعَ بِهَذَا الْجُمْهُورُ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . حَكَاهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُجْبِرٍ ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ لَهُ التَّوَكُّيلُ ، وَإِنْ مَنَعْنَا الْوَكِيلَ مِنَ التَّوَكُّيلِ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ بِالشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ جِهَةٍ الْمَرَأَةِ ، فَلَا تَتَوَقَّفُ اسْتِنَابَتُهُ عَلَى إِذْنِهَا كَالْمُجْبِرِ ، وَإِنَّمَا افْتَرَقَا عَلَى اغْتِبَارِ إِذْنِهَا فِي صِحَّةِ

(١) فِي م : « يَرْتَفِعُ » .

(٢) فِي م : « لَا يَجُوزُ » .

«فجاز التوكيل» في فعل جميعه ، كما لو أذن فيه بلفظه . وقال القاضي :
عندي إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه ؛ لأن التوكيل
إنما جاز للحاجة ، فاختص ما دعت إليه الحاجة ، بخلاف وجود إذنه ،
فإنه مطلق . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . القسم الثالث ،
ما عدا هذين القسمين ، وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يرتفع^(١) عنه ،
فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، لا يجوز . نقلها
ابن منصور . وهو مذهب أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، والشافعي ؛ لأنه
لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه إذنه ، فلم يجز ، كما لو نهاه ، ولأنه استئمان
فيما يمكنه النهوض فيه ، فلم يكن له أن يوكله من لم يأمنه عليه ، كالوديعه .
والثانية ، يجوز . نقلها حنبل^(٢) . وبه قال ابن أبي ليلى ، إذا مرض أو
غاب ؛ لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه ، فملكه بنائيه ، كالمالك .
والأولى أولى . ولا يشبه الوكيل المالك ؛ فإن المالك يتصرف في ملكه
كيف شاء ؛ بخلاف الوكيل .

النكاح ، ولا أثر لها هنا . وهذه طريقة المصنف ، والشارح ، وصاحب
«المحرر» ، و«النظم» ، و«الفائق» ، و«شرح ابن رزين» ،
وغيرهم . قلت : وهو أقوى دليلاً . وهو المذهب . والطريق الثاني ، أن حكمه
حكم الوكيل ، خلافاً ومذهباً . قدمه في «الفروع» ، وقدم في باب أركان
النكاح الأول ، فناقض . قال ابن رزين في «شرح» ، عن هذه الطريقة : فيها

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « يرتفع » .

(٣) في م : « أحد » .

فصل : وكل وكيل جاز له التوكيل ، فليس له أن يوكل إلا أميناً ؛
لأنه لا نظراً للموكل في توكيل من ليس بأمين ، فيقيّد^(١) جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر ، كما أن الإذن في البيع يقيّد بالبيع بثمن المثل ، إلا أن يُعين له الموكل [١٣٤/٤ ظ] من يوكله ، فيجوز توكيله وإن لم يكن أميناً ؛ لأنه قطع نظره بتعيينه . فإن وكل أميناً فصار خائناً ، فعليه عزله ؛ لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضي استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين ، فوجب عزله .

صَغَفَ . وأطلق في « التلخيص » في إذنها وعدمه روايتين . ويأتي ذلك في أركان الإنصاف النكاح ، عند قوله : ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ، وإن كان حاضراً . باتم من هذا . ومنها ، العبد والصبي المأذون لهما ، هل لهما أن يوكلا ؟ وتقدم الكلام عليهما في آخر باب الحجر .

قوله : ويجوز توكيله فيما لا يتولى مثله بنفسه ، أو يعجز عنه لكثرة . بلا نزاع . لكن هل يسوغ له التوكيل في الجميع ؟ وهو الصحيح من المذهب . قدمه في « المغني » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن رزين » ، و « الفروع » . وفي القدر المعجوز عنه خاصة ؟ اختاره القاضي ، وابن عقيل . فيه وجهان . وأطلقهما في « القواعد الفقهية » ، و « الزركشي » .

فوائد : الأولى ، حيث جوزنا له التوكيل ، فمن شرط الوكيل الثاني ، أن يكون أميناً ، إلا أن يُعينه الموكل الأول . الثانية ، لو قال الموكل للوكيل : [٢/ ١٤٨ ظ] وكل عنك . صح ، وكان وكيل وكيل . جزم به في « المغني » ،

(١) في م : « فيقيّد » .

فصل : والحكم في الوصي يُوكل فيما أوصى به إليه ، وفي الحاكم يُولى القضاء في ناحية يستتبع غيره ، حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن أحمد ، في رواية مُهنّا ، جواز ذلك . وهو قول الشافعي في الوصي ؛ لأن الوصي يتصرف بولائه ، بدليل أنه يتصرف^(١) فيما لم يُنص له على التصرف فيه ، والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه . قال شيخنا^(٢) : والجمع بينهما أولى ؛ لأنه مُتصرف في مال غيره بالإذن ، فأشبهه الوكيل ، وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية ، كالوكيل ، إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة .

فصل : فأما الولي في النكاح ، فله التوكيل في تزويج مؤلّيته بغير إذنها ، أبا كان أو غيره . وقال القاضي ، في من لا يجوز له الإجمار : هو^(٣) كالوكيل ، يُخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل . ولأصحاب الشافعي فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يملك التوكيل إلا بإذنها ؛ لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها ، أشبهه الوكيل . ولنا ، أن ولايته من غير

و « الشرح » ، و « الفروع » ، و « الرعاية » ، و « شرح ابن رزين » ، وغيرهم . وإن قال : وُكل عني . صح أيضًا ، وكان وكيل مؤكله . على الصحيح من المذهب . قطع به في « المغني » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن رزين » ، و « الرعاية » ، وغيرهم . وقدمه في « الفروع » . وقيل : يكون وكيل وكيله

(١) في م : « لم يتصرف » .

(٢) في : المغني ٢٠٩/٧ .

(٣) في م : « هل هو » .

جَهَّتْهَا ، فلم يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا فِي تَوَكُّيلِهِ فِيهَا ، كَالْأَبِ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ مُتَصَرِّفٌ بِحُكْمِ الْوَلَايَةِ الشَّرْعِيَّةِ ، أَشْبَهَ الْحَاكِمَ ، وَلِأَنَّ الْحَاكِمَ يَمْلِكُ تَقْوِيضَ عُقُودِ الْأَنْكَحَةِ إِلَى غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ النِّسَاءِ ، فَكَذَلِكَ الْوَلِيُّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِالْحَاكِمِ . وَالَّذِي يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا فِيهِ هُوَ غَيْرُ مَا يُوَكَّلُ فِيهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَسْتَعْنِي عَنْ إِذْنِهَا فِي التَّزْوِيجِ ، فَهُوَ كَالْمُوَكَّلِ فِي ذَلِكَ .

فصل : إذا أذن الموكَّل في التَّوَكُّيلِ ، فَوَكَّلَ ، كان الوكيلُ الثاني وَكِيلاً للموكَّلِ ، لَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ وَلَا عَزْلِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْأَوَّلُ عَزْلَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلِهِ . وَإِنْ أذنَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ لِنَفْسِهِ ، جاز ، وَكَانَ وَكِيلاً لِلْوَكِيلِ ، يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَعَزْلِهِ . وَإِنْ مَاتَ الْمُوَكَّلُ ، أَوْ عَزِلَ الْأَوَّلُ ، انْعَزَلَ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُمَا فَرْعَانِ لَهُ ، لَكِنْ أَحَدُهُمَا فَرْعُ الْآخَرِ ، فَذَهَبَ حُكْمُهُمَا بِذَهَابِ أَصْلِهِمَا . وَإِنْ وَكَّلَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُؤْذَنَ لَهُ فِي التَّوَكُّيلِ نَظْقًا ، بَلْ وَجَدَ عُرْفًا ، أَوْ عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي أَجْزَأْنَا لَهُ التَّوَكُّيلَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ ، فَالثَّانِي وَكِيلُ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ ، حُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ أذنَ لَهُ أَنْ يُوَكَّلَ لِنَفْسِهِ .

أَيْضًا ، كَالْأُولَى . هَذَا ، نَقَلَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » ، « فِيمَا إِذَا قَالَ : وَكَّلَ عَنِّي : أَنَّهُ وَكِيلُ الْمُوَكَّلِ . وَقَطَعَ بِهِ . وَقَالَ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : وَكَّلَ عَنْكَ . هَلْ يَكُونُ وَكِيلُ الْمُوَكَّلِ ، أَوْ وَكِيلُ الْوَكِيلِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . فَتَعَاكُسَا فِي مَحَلِّ الْخِلَافِ . فَلَعَلَّ مَا فِي « التَّلْخِصِ » غَلَطٌ مِنَ النَّاسِخِ ، فَإِنَّ الطَّرِيقَةَ الْأُولَى أَصَوْبٌ ، وَأَوْفَقُ لِلْأَصُولِ ، أَوْ يَكُونُ طَرِيقَةً ، وَهُوَ بَعِيدٌ . وَإِنْ قَالَ : وَكَّلَ . وَلَمْ

المقنع وَيَجُوزُ تَوَكِيلُ عَبْدٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَجُوزُ بغيرِ إِذْنِهِ .

الشرح الكبير ١٩٩٤ - مسألة : (وَيَجُوزُ تَوَكِيلُ عَبْدٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ) لَأَنَّ الْمَنَعَ لِحَقِّ السَّيِّدِ ، فجاز بإِذْنِهِ (وَلَا يَجُوزُ بغيرِ إِذْنِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لَكَوْنِهِ مُحْجُورًا عَلَيْهِ . فإذا [١٣٥/٤] أِذْنٌ فِي ذَلِكَ ، صَحَّ ، كَمَا تَصِحُّ تَصَرُّفَاتُهُ بِإِذْنِهِ .

الإيضاح يُقَالُ : عَنَى . وَلَا : عَنْكَ . فَهَلْ يَكُونُ وَكِيلَ الْوَكِيلِ كَالْأُولَى ، أَوْ وَكِيلَ الْمُوَكَّلِ كَالثَّانِيَةِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ وَكِيلًا لِلْمُوَكَّلِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَابْنُ رَجَبٍ ، فِي آخِرِ « الْقَاعِدَةِ الْحَادِيَةِ وَالسُّتَيْنِ » . وَالثَّانِي ، يَكُونُ وَكِيلَ الْوَكِيلِ . وَأَمَّا إِذَا وَكَّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْهُ لكَثْرَتِهِ ، أَوْ قُلْنَا : يَجُوزُ لَهُ التَّوَكِيلُ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ . وَوَكَّلَ ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ الثَّانِيَّ وَكِيلَ الْوَكِيلِ . جَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . الثَّلَاثَةُ ، حَيْثُ حَكَمْنَا بِأَنَّ الْوَكِيلَ الثَّانِيَّ وَكِيلَ لِلْمُوَكَّلِ ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بَعْزُهُ ، وَبِمَوْتِهِ وَنَحْوِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ عَزْلَهُ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ . وَحَيْثُ قُلْنَا : هُوَ وَكِيلُ الْوَكِيلِ . فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بَعْزُهُ وَبِمَوْتِهِ ، وَيَنْعَزِلُ بَعْزُ الْمُوَكَّلِ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَصَحُّ لَهُ عَزْلُ وَكِيلٍ وَكِيلِهِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : لَهُ عَزْلُهُ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ عَزْلُهُ .

قوله : وَيَجُوزُ تَوَكِيلُ عَبْدٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَجُوزُ بغيرِ إِذْنِهِ . بِلَا نِزَاعٍ فِي الْجُمْلَةِ . وَفِي صِحَّةِ تَوَكِيلِهِ فِي نِكَاحِ بِلَا إِذْنِ سَيِّدِهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ،

وَأَنْ وَكَلَّهُ بِإِذْنِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .
المقنع

١٩٩٥ - مسألة : (فَإِنْ وَكَلَهُ بِإِذْنِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ ، فعلى رِوَايَتَيْنِ) إحداهما ، يَصِحُّ . وبه قال أبو حنيفة ، وبعضُ الشَّافِعِيَّةِ .
والثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ . وهو قولُ بعضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ كِيَدِ سَيِّدِهِ ،
فَأَشَهَ مَالُو وَكَلَّهُ فِي الشِّرَاءِ مِنْ نَفْسِهِ ، ولهذا يُحْكَمُ لِلْإِنْسَانِ بِمَا فِي يَدِ عَبْدِهِ .
ولنا ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدًا مِنْ غَيْرِ مَوْلَاهُ ، فجازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ مِنْ مَوْلَاهُ ،
كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَإِذَا جازَ أَنْ يَشْتَرِيَ غَيْرَهُ ، جازَ أَنْ يَشْتَرِيَ نَفْسَهُ ، كما أَنَّ الْمَرْأَةَ

و « الفائق » ، في صِحَّةِ قَبُولِهِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ فِي الْإِجَابِ وَلَا الْقَبُولُ .
جَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » . قال في « الشَّرْحِ » : وَلَا يَجُوزُ تَوَكُّيلُ الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ
سَيِّدِهِ . وهو ظاهرُ كلامِهِ فِي « الْكَافِي » ، و « الْوَجِيزِ » . وقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ
الْكُبْرَى » ، و « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَصِحُّانِ مِنْهُ . اخْتَارَهُ ابْنُ
عَبْدُوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وقيل : يَصِحُّ فِي الْقَبُولِ دُونَ الْإِجَابِ . وهو ظاهرُ كلامِهِ
فِي « الْمُعْنَى » .

فائدة : لَا يُشْتَرَطُ إِذْنُ سَيِّدِهِ فِيمَا يَمْلِكُهُ وَحْدَهُ ؛ فَيَجُوزُ تَوَكُّيلُهُ فِي الطَّلَاقِ
مِنْ غَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، كما يَجُوزُ لَهُ الطَّلَاقُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ . وكذلك السَّفِيَّةُ .

قوله : وَإِنْ وَكَلَّهُ بِإِذْنِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ ، فعلى وَجْهَيْنِ . وكذا حَكَاهُما
فِي « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمُنْذَهَبِ » ، و « الْمُشْتَوَعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ،
و « التَّلْخِصِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَحَكَاهُما
رِوَايَتَيْنِ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمُنْذَهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،

لَمَّا جاز تَوَكِيلُهَا فِي طَلاقٍ غَيْرِهَا ، جاز فِي طَلاقِ نَفْسِهَا . وَالْوَجْهَ الَّذِي ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يُقَدَّرُ^(١) جَعْلُ تَوَكِيلِ الْعَبْدِ كَتَوَكِيلِ سَيِّدِهِ ، وَسَنَذْكُرُ صِحَّةَ تَوَكِيلِ السَّيِّدِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ نَفْسِهِ ، فَهَهُنَا أَوَّلَى . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا قَالَ الْعَبْدُ : اشْتَرَيْتُ نَفْسِي لَزِيدٍ . وَصَدَّقَاهُ ، صَحَّ ، وَلَزِمَ زَيْدًا الثَّمَنُ . وَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ : مَا اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ إِلَّا لِنَفْسِكَ . عَتَقَ الْعَبْدُ ؛ لِإِقْرَارِ السَّيِّدِ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا يَعْتَقُ بِهِ الْعَبْدُ^(٢) ، وَيَلْزِمُ الْعَبْدَ الثَّمَنُ فِي ذِمَّتِهِ لَسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ زَيْدًا لَا يَلْزِمُهُ الثَّمَنُ ، لِعَدَمِ حُصُولِ الْعَبْدِ لَهُ ، وَكَوْنِ سَيِّدِهِ لَا يَدْعِيهِ عَلَيْهِ ، فَلَزِمَ الْعَبْدَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِمَّنْ بَاشَرَ الْعَقْدَ أَنَّهُ لَهُ . وَإِنْ صَدَّقَهُ السَّيِّدُ وَكَذَّبَهُ زَيْدٌ ، نَظَرْتَ فِي تَكْذِيبِهِ ، فَإِنْ كَذَّبَهُ فِي الْوَكَالَةِ ، حَلَفَ وَبَرَى ، وَلِلْسَيِّدِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَاسْتِرْجَاعُ عَبْدِهِ لَتَعْدُرِ ثَمَنِهِ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ فِي الْوَكَالَةِ ، وَقَالَ : مَا اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ لِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي التَّصَرُّفِ الْمَأْذُونِ فِيهِ .

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِحِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ عَبْدِوَسَّاسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » : صَحَّ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : الصَّحِيحُ الصَّحَّةُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُغْنَى » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » .

(١) بعده في م : « ههنا » .

(٢) سقط من م .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وَكَّلَ عَبْدَهُ فِي إِعْتَاقِ نَفْسِهِ ، أو امرأته في طلاقِ نَفْسِهَا ، صَحَّ . وإن وَكَّلَ الْعَبْدَ فِي إِعْتَاقِ عَمِيدِهِ ، أو المرأة في طلاقِ نِسَائِهِ ، لم يَمْلِكِ الْعَبْدُ^(١) إِعْتَاقَ نَفْسِهِ ، ولا المرأة طلاقَ نَفْسِهَا ؛ لَأَنَّهُ يَنْصَرِفُ بِإِطْلَاقِهِ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي غَيْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ هُمَا^(٢) ذَلِكَ ؛ لَشُمُولِهِمَا^(٣) عُمُومَ اللَّفْظِ ، كما يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ ، في إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

الإنصاف

وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لا يَصِحُّ . فعلى المذهب ، لو قال : اشْتَرَيْتُ نَفْسِي لَزَيْدٍ . وَصَدَّقَاه ، صَحَّ . ولو قال السَّيِّدُ : ما اشْتَرَيْتُ نَفْسَكَ إِلَّا لِنَفْسِكَ . عَتَقَ ، وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ . وإنْ صَدَّقَهُ السَّيِّدُ فِي الْأَوَّلَى ، و^(٤) كَذَّبَهُ زَيْدٌ ، نَظَرْتَ فِي تَكْذِيبِهِ ؛ فَإِنْ كَذَّبَهُ فِي الْوَكَالَةِ ، حَلَفَ وَبَرَأَ ، وَلِلْسَّيِّدِ فَسْخُ الْبَيْعِ . وإنْ صَدَّقَهُ فِي الْوَكَالَةِ ، وقال : ما اشْتَرَيْتُ نَفْسَكَ لِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ . قاله في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال في « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : لو قال : ما اشْتَرَيْتُ نَفْسَكَ مِنِّي إِلَّا لَكَ . فقال : بَلْ لَزَيْدٍ . فَكَذَّبَهُ زَيْدٌ ، عَتَقَ ، وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ . وإنْ صَدَّقَهُ ، لم يَعْتَقِ . قلتُ : بَلَى . انتهى .

قَبِيْهِه : مَفْهُومُ قَوْلِهِ : وإنْ وَكَّلَهُ بِإِذْنِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ . أَنَّهُ لا يَصِحُّ تَوْكِيلُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ . وهو صَحِيحٌ ، وهو المذهبُ ، قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » .

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « لهم » .

(٣) في الأصل : « لشمولها » .

(٤) في الأصل ، ط : « أو » .

المقتنع وَالْوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا .

الشرح الكبير

وإن وَكَلَ غَرِيمَهُ فِي إِبْرَاءِ نَفْسِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي إِسْقَاطِ حَقٍّ عَنْ^(١) نَفْسِهِ ، فَهُوَ كَتَوَكُّلِ الْعَبْدِ فِي إِعْتِاقِ نَفْسِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي إِبْرَاءِ غُرْمَائِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُبْرَأَ نَفْسَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي حَبْسِ غُرْمَائِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ حَبْسَ نَفْسِهِ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي خُصُومَتِهِمْ ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي خُصُومَةِ نَفْسِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ إِبْرَاءَ نَفْسِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ وَكَلَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ فِي إِبْرَاءِ الضَّامِنِ ، فَأُبْرَأَ ، صَحَّ ، وَلَمْ يُبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ . وَإِنْ وَكَلَ الضَّامِنُ فِي إِبْرَاءِ الْمَضْمُونِ [١٣٥/٤ ظ] عَنْهُ ، أَوِ الْكَفِيلَ فِي إِبْرَاءِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ ، صَحَّ ، وَبَرِيءُ الْوَكِيلِ بِبِرَائَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَرَّغَ عَلَيْهِ ، فَإِذَا بَرِيءَ الْأَصْلُ بَرِيءَ الْفَرَعُ .

١٩٩٦ - مسألة : (وَالْوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا) متى شاء ؛ لِأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

الإِنصاف

فائدة : لو وَكَلَ عَبْدٌ غَيْرَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ غَيْرِهِ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى [١٤٩/٢] رَوَاتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . قَالَ فِي « الْوَجِيزِ » : وَمَنْ وَكَلَ عَبْدٌ غَيْرَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، صَحَّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » .

قوله : وَالْوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا . بلا نزاع . فلو قال : وَكَتَلْتُكَ ، وَكَلَّمَا عَزَلْتُكَ فَقَدْ وَكَتَلْتُكَ . انْعَزَلَ بِقَوْلِهِ : عَزَلْتُكَ وَكَلَّمَا

(١) فِي م : مِنْ .

وَتَبْطُلُ بِالمَوْتِ ، وَالْجُنُونِ ، وَالْحَجَرِ لِلْسَّفَهَةِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ
جَائِزٍ ، كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَلَا تَبْطُلُ بِالسُّكْرِ ، وَالْإِغْمَاءِ ،
وَالْتَّعَدَّى .

إِبْطَالُهُ ، كَالِإِذْنِ فِي أَكْلِ طَعَامِهِ . فَإِنْ وَكَّلَ الْمُرْتَهِنَ فِي بَيْعِ الرِّهْنِ ، فَفِيهِ
اِخْتِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ .

١٩٩٧ - مسألة : (وَتَبْطُلُ بِالمَوْتِ ، وَالْجُنُونِ ، وَالْحَجَرِ
لِلْسَفَهَةِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ جَائِزٍ ، كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَلَا تَبْطُلُ
بِالسُّكْرِ ، وَالْإِغْمَاءِ ، وَالتَّعَدَّى) تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ أَوْ^(١)
الْوَكِيلِ ، « وَجُنُونِهِ الْمُطْبِقِ »^(٢) ، بغيرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ، إِذَا عَلِمَ الْحَالُ .

وَكَثُتْ فَقَدْ عَزَلْتُكَ . وَتُسَمَّى الْوَكَالَةُ الدَّوْرِيَّةُ ؛ وَهُوَ فَسْخُ مَعْلُقٍ بِشَرْطٍ . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، صَحَّتْهَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ،
و « الْفَاتِحِ » . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ، صِحَّةُ الْوَكَالَةِ الدَّوْرِيَّةِ ،
بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْوَكَالََةَ قَابِلَةٌ لِلتَّعْلِيقِ عِنْدَنَا ، وَكَذَلِكَ فَسْخُهَا . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ :
لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى أَنْ تَصِيرَ الْعُقُودُ الْجَائِزَةُ لَازِمَةً ، وَكَذَا تَغْيِيرُ لِقَاعِدَةِ
الشَّرْعِ ، وَلَيْسَ مَقْصُودُ الْمُعْلَقِ إِيقَاعُ الْفَسْخِ ، وَإِنَّمَا قَصْدُهُ الْامْتِنَاعُ مِنَ
التَّوَكُّلِ ، وَحَلُّهُ قَبْلَ وَقُوعِهِ ، وَالْعُقُودُ لَا تُفْسَخُ قَبْلَ انْعِقَادِهَا . ذَكَرَهُ ابْنُ رَجَبٍ
فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّامِنَةِ عَشْرَةَ بَعْدَ الْمِائَةِ » .

قَوْلُهُ : وَتَبْطُلُ بِالمَوْتِ وَالْجُنُونِ . تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْوَكِيلِ أَوْ الْمُوَكَّلِ ،

(١) فِي ر ، ق ، م ، « وَ » .

(٢) (٢ - ٢) فِي م : « وَجُنُونِ الْمُطْلَقِ » .

والشرح الكبير وكذلك تَبْطُلُ بِخُرُوجِهِ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، كَالْحَجْرِ عَلَيْهِ لِسْفَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ ، فَلَا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ مِنْ جِهَتِهِ ، كَالْجُنُونِ وَالْمَوْتِ . وكذلك كُلُّ عَقْدٍ جَائِزٍ ، كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ ، قِيَاسًا عَلَى الْوَكَالَةِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الشَّرِكَةِ : إِذَا وَسَّوسَ أَحَدُهُمَا ، فَهُوَ مِثْلُ الْعَزْلِ .

فصل : فَإِنْ حُجِرَ عَلَى الْوَكِيلِ لِفَلَسٍ ، فَالْوَكَالَةُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ حُجِرَ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَكَانَتِ الْوَكَالَةُ فِي أَعْيَانِ مَالِهِ ، بَطَلَتْ ؛ لِانْقِطَاعِ تَصَرُّفِهِ فِيهَا ^(١) . وَإِنْ كَانَتْ فِي الْخُصُومَةِ ، أَوْ الشَّرَاءِ فِي الذِّمَّةِ ، أَوْ الطَّلَاقِ ، أَوْ الْخُلْعِ ، أَوْ الْقِصَاصِ ، لَمْ تَبْطُلْ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ أَهْلٌ لَذَلِكَ . وَإِنْ فَسَقَ الْوَكِيلُ لَمْ يَنْعَزِلْ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ ^(٢) التَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْوَكَالَةُ فِيمَا يُنَافِيهِ الْفُسْقُ ، كَالْإِجَابِ فِي عَقْدِ

الإِنصاف

بغیر خلاف نعلّمه . لَكِنْ لَوْ وَكَّلَ وَلِيُّ الْيَتِيمِ وَنَاطِرُ الْوَقْفِ ، أَوْ عَقَدَ عَقْدًا جَائِزًا غَيْرَهَا ؛ كَالشَّرِكَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِرٌ عَلَى غَيْرِهِ . قَطَعَ بِهِ فِي « الْقَاعِدَةِ الْحَادِيَةِ وَالسُّتَيْنِ » . وَتَبْطُلُ بِالْجُنُونِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » : تَبْطُلُ بِالْجُنُونِ الْمُطْبِقِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا تَبْطُلُ بِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « التَّلْخِيصِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ« الْفَاتِقِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَفِي جُنُونِهِ ، وَقِيلَ : الْمُطْبِقِ .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

النِّكَاحَ ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلُ بِفُسْقِ أَحَدِهِمَا ؛ لَخُرُوجِهِ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا فِي الْقَبُولِ ، لَمْ يَنْعَزِلْ بِفُسْقِ مُوَكَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنَافِي جَوَازَ^(١) قَبُولِهِ . وَهَلْ يَنْعَزِلُ بِفُسْقِ نَفْسِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلَاهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَقْبَلَ النِّكَاحَ لِنَفْسِهِ ، فَجَازَ أَنْ يَقْبَلَهُ لِغَيْرِهِ ، كَالْعَدْلِ . وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا فِيمَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْأَمَانَةُ ، كَوَكِيلِ وَلِيِّ الْيَتِيمِ ، وَوَلِيِّ الْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، وَنَحْوِ هَذَا ، انْعَزَلَ بِفُسْقِهِ ، وَفُسْقِ مُوَكَّلِهِ ؛ لَخُرُوجِهِمَا بِذَلِكَ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا لَوَكِيلٍ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِ نَفْسِهِ ، انْعَزَلَ بِفُسْقِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَيْسَ لَهُ تَوَكِيلٌ فَاسْقٍ ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِفُسْقِ مُوَكَّلِهِ ؛ لِأَنَّ مُوَكَّلَهُ وَكَيلٌ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلَا يُنَافِيهِ الْفُسْقُ .

وَجْهَانِ . وَقَالَ النَّاطِمُ :

وَفُسْقٍ مُنَافٍ لِلْوَكَاةِ مُبْطِلٌ كَذَا بَجُنُونٍ مُطْبِقٍ مُتَأَطِّدٍ

قوله : وكذلك كُلُّ عَقْدٍ جَائِزٍ - يَعْنِي ، مِنَ الطَّرَفَيْنِ - كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَكَذَا الْجَعَالَةُ ، وَالسَّبْقُ ، وَالزَّمْنُ ، وَنَحْوُهُمَا .

قوله : وَلَا تَبْطُلُ بِالسُّكْرِ وَالْإِغْمَاءِ . أَمَّا السُّكْرُ ، فَحَيْثُ قُلْنَا : يَفْسُقُ بِهِ . فَإِنَّ الْوَكَاةَ تَبْطُلُ فِيمَا يُنَافِي الْفُسْقَ ، كَالْإِجَابِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَنَحْوِهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَأَمَّا الْإِغْمَاءُ ، فَلَا تَبْطُلُ بِهِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . قَالَ فِي « الْفُصُولِ » : لَا تَبْطُلُ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ .

قوله : وَالتَّعَدُّى . يَعْنِي ، لَا تَبْطُلُ الْوَكَاةُ بِالتَّعَدُّى ؛ كَلْبَسِ الثَّوبِ ، وَرُكُوبِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « قَوْلٌ » .

فصل : ولا تبطل الوكالة بالنوم ، والسُّكْرِ ، والإغماء ؛ لأنَّ ذلك لا يُخرِجه عن أهليَّةِ التَّصَرُّفِ ، ولا تثبتُ عليه الوِلايَةُ ، إلَّا أنْ يَحْصُلَ الفِسْقُ بالسُّكْرِ ، فقد ذَكَرْنَاهُ مُفَصَّلًا . ولا تبطل بالتَّعَدَّى فيما وَكَّلَ فيه ، مثلُ بُسْرِ الثَّوبِ ، [١٣٦/٤ و] ورُكُوبِ الدَّابَّةِ . وهذا أَحَدُ الوجهين لأصحابِ الشافعيِّ . والثَّانِي ، تبطلُ بذلك ، لأنَّها عَقْدُ أَمَانَةٍ ، فَبَطَلَتْ بالتَّعَدَّى ، كالوَدِيعَةِ . ولنا ، أَنَّهُ تَصَرُّفٌ بِإِذْنِ مُوَكَّلِهِ ، فَصَحَّ ، بِمَا لَوْ لَمْ يَتَّعَدَّ . ويُفَارِقُ الْوَدِيعَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا أَمَانَةٌ مُجَرَّدَةٌ ، فَنَافَاها التَّعَدَّى وَالْخِيَانَةُ ، وَالْوَكَالَةُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ تَصَمَّنَتْ الْأَمَانَةُ ، فَإِذَا انْتَفَتِ الْأَمَانَةُ بِالتَّعَدَّى ، بَقِيَ الْإِذْنُ بِحَالِهِ . فعلى هذا ، لو وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ ثَوْبٍ فَلَبِسَهُ ،

الدَّابَّةُ ، ونحوهما . وهذا المذهبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُدْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْخَامِسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ » : وَالْمَشْهُورُ ، أَنَّهَا لَا تَنْفَسِخُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » : تَفْسُدُ فِي الْأَصَحِّ . انْتَهَى . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ مَعَ اسْتِغْنَائِهِ ، فَإِنْ زَالَ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَزَلِ الْآخَرُ . وَقِيلَ : تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِهِ . حَكَاهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « نَظَرِيَّاتِهِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَمَنْ تَابَعَهُ : أُطْلِقَ أَبُو الْخَطَّابِ الْقَوْلَ أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِتَّعَدَّى الْوَكِيلِ .

صار ضامناً . فإذا باعه ، صحَّ بيعه ، وبرئ من ضمانه ؛ لدخوله في ملك المشتري وضمانه . فإذا قبض الثمن ، كان أمانة في يده غير مضمون عليه ؛ لأنه قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه . ولو دفع إليه مالا ، ووكله أن يشتري به شيئا فتعدى في الثمن ، صار ضامناً له^(١) ، وإذا اشترى به وسلمه زال الضمان ، وقبضه للمبيع قبض أمانة . وإن ظهر بالمبيع عيب فرد عليه ، أو وجد هو بما اشتراه عيباً فردّه وقبض الثمن ، كان مضموناً عليه ؛ لأن العقد المزيل للضمان زال ، فعاد ما زال به .

فيما وكل فيه . وهذا فيه تفصيل . وملخصه ، أنه إن ألتف بتعدي عيْن^(٢) ما وكل فيه ، بطلت الوكالة ، وإن كانت عيْن^(٢) ما تعدى فيه باقية ، لم تبطل . وهو ظاهر كلامه في « المغني » ، و « الشرح » ، وغيرهما ، وهو مراد أبي الخطاب وغيره . وقال في « القاعدة الخامسة والأربعين » : وظاهر كلام كثير من الأصحاب ، أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة ، لا بطلانها ، فيفسد العقد ، ويصير متصرفاً بمجرّد الإذن . فعلى المذهب ، لو تعدى زالت الوكالة ، وصار ضامناً ، فإذا تصرف كما قال موكله ، برئ بقبضه العوض ، فإن رد عليه بعيب ، عاد الضمان . قال في « القواعد » : وعلى المشهور ؛ إنما يضمن ما فيه التعدى خاصة ، حتى لو باعه وقبض ثمنه ، لم يضمنه ؛ لأنه لم يتعد في عيْنه . ذكره في « التلخيص » ، و « المغني » ، و « الشرح » . ولا يزول الضمان عن عيْن^(١) ما وقع فيه التعدى بحال ، إلا على طريقة ابن الرّاغوني في الودّعة .

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل ، ط : « غير » .

المقنع وهل تبطل بالردة ، وحرية عبده ؟ على وجهين .

الشرح الكبير

١٩٩٨ - مسألة : (وهل تبطل بالردة ، وحرية العبد ؟ على وجهين) يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه ، سواء كان ذمياً ، أو مستأثماً ، أو حربياً ، أو مرتدّاً ؛ لأنّ العدالة لا تشترط في صحة الوكالة ، فكذاك الدين ، كالبيع . فإن وكلّ مسلماً فارتدّ ، لم تبطل وكالته ، في أحد الوجهين ، سواء لحق بدار الحرب أو أقام . وقال أبو حنيفة : تبطل إذا لحق بدار الحرب ؛ لأنّه صار منهم . ولنا ، أنّه يصح تصرفه لنفسه ، فلم تبطل وكالته ، كما لو لم يلحق بدار الحرب ، ولأنّ الردّة لا تمنع ابتداء الوكالة ، فلا تمنع استدامتها ، كسائر الكفر . وفيه وجه آخر ، أنّها تبطل بالردة إذا قلنا : إن المرتد تزول أملاكه وتبطل

الإنصاف

قوله : وهل تبطل بالردة ، وحرية عبده ؟ على وجهين . أطلق المصنّف في بطلان الوكالة بالردة وجهين ، وأطلقهما في الهداية ، و « المذهب » ، و « الخلاصة » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويين » ، و « الفائق » ، و « الفروع » ؛ أحدهما ، لا تبطل . وهو المذهب . صححه في [١٤٩ / ٢] « المغنى » ، و « الشرح » ، و « التّصحيح » . وجزم به في « الكافي » ، و « الوجيز » . والوجه الثاني ، تبطل . وقيل : تبطل بردة الموكّل دون الوكيل . قال في « المستوعب » : ولا تبطل بردة الوكيل ، وإن لحق بدار الحرب . وهل تبطل بردة الموكّل ؟ على وجهين ؛ أصلهما ، هل يزول ملكه ، ولا ينفذ تصرفه ، أو يكون موقوفاً ؟ على ما يأتي في الردّة . قال في « الفائدة السادسة عشرة » : إن قلنا : يزول ملكه . بطلت وكالته . وأطلق المصنّف أيضاً في بطلان الوكالة بحرية عبده وجهين ، وأطلقهما في الهداية ، و « المذهب » ،

تَصَرُّفَاتِهِ . وَالْوَكَالَةُ تَصَرُّفٌ . وَإِنْ ارْتَدَّ الْمُوَكَّلُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالَةُ فِيمَا لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، فَأَمَّا الْوَكِيلُ فِي مَالِهِ فَيَنْبَغِي عَلَى تَصَرُّفِهِ نَفْسِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ . لَمْ يَبْطُلْ تَوَكِيلُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ مَوْقُوفٌ . فَوَكَالَتُهُ مَوْقُوفَةٌ . وَإِنْ قُلْنَا : يَبْطُلُ تَصَرُّفُهُ . بَطُلَ تَوَكِيلُهُ . وَإِنْ وَكَّلَ فِي حَالِ رِدَّتِهِ ، فَفِيهِ الْوُجُوهُ الثَّلَاثَةُ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَنْعَزِلْ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ مِلْكِهِ لَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْوَكَالَةِ ، فَلَا يَقْطَعُ اسْتِدَامَتَهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهَا تَبْطُلُ ؛ لِأَنَّ تَوَكِيلَ عَبْدِهِ لَيْسَ بِتَوَكِيلٍ فِي الْحَقِيقَةِ ، إِنَّمَا هُوَ اسْتِخْدَامٌ بِحَقِّ الْمِلْكِ ، فَيَبْطُلُ بِزَوَالِ الْمِلْكِ [١٣٦/٤ ظ] وَهَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا وَكَّلَ عَبْدَ غَيْرِهِ ثُمَّ بَاعَهُ السَّيِّدُ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ سَيِّدَ الْعَبْدِ أَذِنَ لَهُ فِي بَيْعِ مَالِهِ ، وَالْعِتْقُ لَا يَبْطُلُ إِلَّا بِبَيْعِهِ ، وَكَذَلِكَ الْبَيْعُ ، إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ إِنْ رَضِيَ بِبِقَائِهِ عَلَى الْوَكَالَةِ وَإِلَّا بَطَلَتْ . فَإِنْ وَكَّلَ عَبْدَ غَيْرِهِ فَأَعْتَقَهُ ، فَقَالَ شَيْخُنَا^(١) : لَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ هَذَا تَوَكِيلٌ حَقِيقَةٌ ،

و « الْمُشْتَوَعِبِ » ، و « الْهَادِي » ، و « النَّظْمِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الرِّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَبْطُلُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَاتِحِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَقِيلَ : تَبْطُلُ . قَدَّمَهُ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

(١) ف : الْمُغْنَى ٢٣٧/٧ .

وَالْعِتْقُ غَيْرُ مُنَافٍ لَهُ^(١) . وَإِنْ اشْتَرَاهُ الْمُوَكَّلُ مِنْهُ ، لَمْ تَبْطُلْ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ إِيَّاهُ لَا يَنَافِي إِذْنَهُ لَهُ فِي الْبَيْعِ وَالشُّرَاءِ . وَإِنْ وَكَّلَ امْرَأَتَهُ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّ^(٢) زَوَالَ النِّكَاحِ لَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْوَكَالَةِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ اسْتِدَامَتُهَا .

فصل : وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ الَّتِي وَكَّلَ فِي التَّصَرُّفِ فِيهَا ، بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ ؛ لِأَنَّ مَحَلَّهَا ذَهَبَ ، فَذَهَبَتِ الْوَكَالَةُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ فَمَاتَ .^(٣) لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ دِينَارًا ، وَوَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ^(٤) بِهِ فَهَلَكَ الدِّينَارُ أَوْ ضَاعَ ، أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ الْوَكِيلُ ، بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ ، سَوَاءٌ وَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ^(٥) بِعَيْنِهِ أَوْ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ بِعَيْنِهِ ، فَقَدْ اسْتَحَالَ الشُّرَاءُ بِهِ بَعْدَ تَلَفِهِ ،

فائدة : وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ بَاعَ عَبْدَهُ . قَالَ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» : قُلْتُ : أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ كَاتَبَهُ . انْتَهَى . وَكَذَا لَوْ وَكَّلَ عَبْدًا غَيْرَهُ ، فَبَاعَهُ الْغَيْرُ . وَأَمَّا إِذَا وَكَّلَ عَبْدًا غَيْرَهُ ، فَأَعْتَقَهُ ذَلِكَ الْغَيْرُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالَةُ . جَزَمَ بِهِ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَغَيْرِهِمْ .

فوائد : مِنْهَا ، لَوْ وَكَّلَ امْرَأَتَهُ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَالَةُ . وَمِنْهَا ، لَوْ جَحَدَ أَحَدُهُمَا الْوَكَالَةَ ، فَهَلْ تَبْطُلُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِيَيْنِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَ«النَّظْمِ» ؛ أَحَدُهُمَا ، تَبْطُلُ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي «تَذَكُّرَتِهِ» ، فِيمَا إِذَا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « وَكَذَا » .

(٣ - ٤) سقط من : م .

فَبَطَلَتِ الْوَكَالَةَ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشَّرَاءِ مُطْلَقًا . وَنَقَدَ الدِّينَارَ ، بَطَلَتْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَكَّلَهُ فِي الشَّرَاءِ بِهِ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَنْقُذَهُ ثَمَنَ ذَلِكَ الْمَبِيعِ ، إِمَّا قَبْلَ الشَّرَاءِ أَوْ بَعْدَهُ ، وَقَدْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ بِتَلْفِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ شِرَاؤُهُ ، لِلزِّمِّ الْمُوَكَّلِ ثَمَنٌ لَمْ يَلْتَزِمْهُ ، وَلَا رَضِيَ بِلُزُومِهِ . وَإِنْ اسْتَقْرَضَهُ الْوَكِيلُ ، وَعَزَلَ دِينَارًا عَوَضَهُ وَاشْتَرَى بِهِ ، فَهُوَ كَالشَّرَاءِ لَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ؛ لِأَنَّ الْوَكَالََةَ بَطَلَتْ ، وَالدِّينَارُ الَّذِي عَزَلَهُ عَوَضًا لَا يَصِيرُ لِلْمُوَكَّلِ حَتَّى يَقْبِضَهُ ، فَإِذَا اشْتَرَى لِلْمُوَكَّلِ بِهِ شَيْئًا ، وَقَفَ عَلَى إِجَارَةِ الْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ ، صَحَّ ، وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ ، وَإِلَّا لَزِمَ الْوَكِيلَ . وَعَنْهُ ، يَلْزَمُ الْوَكِيلُ بِكُلِّ حَالٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَتَى اشْتَرَى بَعَيْنٍ مَالِهِ شَيْئًا لغيرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالشَّرَاءُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) لَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ بَعَيْنٍ مَالَهُ مَا يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : مَتَى اشْتَرَى بَعَيْنٍ مَالَهُ شَيْئًا لغيرِهِ ، صَحَّ الشَّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى لَهُ مَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ .

فصل : نَقَلَ الْأَثَرُ عَنْ أَحَدٍ ، فِي رَجُلٍ كَانَ لَهُ عَلَى آخَرٍ دَرَاهِمٌ ، فَقَالَ لَهُ : إِذَا أَمَكَّنَكَ قَضَاؤُهَا فَادْفَعْهَا إِلَى فُلَانٍ . وَغَابَ صَاحِبُ الْحَقِّ ، وَلَمْ

جُعِدَ التَّوَكِيلُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا تَبْطُلُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقِيلَ : تَبْطُلُ إِنْ تَعَمَّدَ ، وَإِلَّا فَلَا . وَمِنْهَا ، لَا تَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِالْإِبَاقِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَقِيلَ : تَبْطُلُ ^(٢) . وَتَقَدَّمَ نَظِيرُهَا فِي أَحْكَامِ الْعَبْدِ ، فِي الْبَابِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل ، ط : « لَا تَبْطُلُ » .

يُوصِلُ إِلَى هَذَا الَّذِي أُذِنَ لَهُ فِي الْقَبْضِ ، لَكِنْ جَعَلَهُ وَكَيْلًا ، وَتَمَكَّنَ مِنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنَ الْقَضَاءِ ، فَخَافَ إِنْ دَفَعَهَا إِلَى الْوَكِيلِ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَدْ مَاتَ ، وَيَخَافُ التَّبِعَةَ مِنَ الْوَرَثَةِ ، فَقَالَ : لَا يُعْجِبُنِي أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ ، لَعَلَّهُ قَدْ مَاتَ ، لَكِنْ يَجْمَعُ بَيْنَ الْوَكِيلِ وَالْوَرَثَةِ ، وَيُرْأَى إِلَيْهِمَا مِنْ ذَلِكَ . هَذَا ذَكَرَهُ أَحْمَدُ عَلَى طَرِيقِ النَّظَرِ لِلْغَرِيمِ ، خَوْفًا مِنَ التَّبِعَةِ [١٣٧/٤] مِنْ الْوَرَثَةِ إِنْ كَانَ مَوْرُوثُهُمْ قَدْ مَاتَ فَانْعَزَلَ وَكَيْلُهُ وَصَارَ الْحَقُّ لَهُمْ ، فَيَرْجِعُونَ عَلَى الدَّافِعِ إِلَى الْوَكِيلِ . فَأَمَّا مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، فَلِلْوَكِيلِ الْمَطَالَبَةُ ، وَلِلْآخِرِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ أَحْمَدُ قَدْ نَصَّ فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ : إِذَا وَكَّلَهُ (١) فِي الْحَدِّ (٢) وَغَابَ ، اسْتَوْفَاهُ الْوَكِيلُ . وَهُوَ أَبْلَغُ مِنْ هَذَا ؛ لَكَوْنِهِ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، لَكِنَّ هَذَا اخْتِيَاظٌ حَسَنٌ ، وَتَبَرُّتٌ لِلْغَرِيمِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَإِزَالَةٌ التَّبِعَةِ عَنْهُ . وَفِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْوَكِيلَ انْعَزَلَ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَنْ لَا يَدْفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ قَدْ مَاتَ فَانْتَقَلَ إِلَى الْوَرَثَةِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اخْتَارَ هَذَا لِأَنَّ الْوَكِيلَ الْقَاضِيَ مِمَّنْ يَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ يَنْعَزِلُ بِالْمَوْتِ ، فَيَحْكُمُ عَلَيْهِ بِالْغَرَامَةِ ، وَفِيهَا

الَّذِي قَبْلَهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ وَكَّلَهُ فِي طَلَاقِ زَوْجَتِهِ ، فَوَطَّئَهَا ، بَطَلَتْ الْوَكَاةُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ وَالرِّوَايَتَيْنِ . وَعَنْهُ ، لَا تَبْطُلُ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، فِي بُطْلَانِهَا بِقُبْلَةٍ ، وَنَحْوِهَا خِلَافٌ ؛ بِنَاءً عَلَى الْخِلَافِ فِي حُصُولِ الرَّجْعَةِ بِهِ ، عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَمِنْهَا ، لَوْ وَكَّلَهُ فِي عِتْقِ عَبْدٍ ، فَكَاتَبَهُ أَوْ دَبَّرَهُ ، بَطَلَتْ الْوَكَاةُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَيَحْتَمِلُ صِحَّةَ عِتْقِهِ .

وَهَلْ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِالْمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . المقنع

الشرح الكبير

دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ تَرَاجُحِ الْقَبُولِ عَنِ الْإِجَابِ ؛ لِأَنَّهُ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ الْحَقِّ وَلَمْ يَعْلَمْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ حَاضِرًا فَيَقْبَلُ . وَفِيهَا دَلِيلٌ عَلَى صِحَّةِ التَّوَكُّلِ ^(١) بِغَيْرِ لَفْظِ التَّوَكُّلِ . وَقَدْ نَقَلَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ : بَعْ ثَوْبِي . لَيْسَ بِشَيْءٍ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ وَكَّلْتُكَ . وَهَذَا سَهْوٌ مِنَ النَّاقِلِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ الدَّلِيلِ عَلَى جَوَازِ التَّوَكُّلِ بِغَيْرِ لَفْظِهِ ^(٢) ، وَهُوَ الَّذِي نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ .

١٩٩٩ - مسألة : (وهل يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِالْمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَكَالََةَ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ ، فَلِلْمُوكَّلِ عَزْلُ وَكَيْلِهِ مَتَى شَاءَ ، وَلِلْوَكِيلِ عَزْلُ نَفْسِهِ ^(٣) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا ، وَجُنُونُهُ الْمُطْبِقِ . وَلَا خِلَافَ نَعْلَمُهُ فِي ذَلِكَ مَعَ الْعِلْمِ بِالْحَالِ . فَمَتَى تَصَرَّفَ بَعْدَ فُسْخِ الْمُوكَّلِ أَوْ

قوله : وهل يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِالْمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . الإصناف
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ،
وَ « التَّلْخِيسِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ، وَ « شَرْحِ الْمَجْدِ » ، وَ « شَرْحِ الْمُحَرَّرِ » ؛
إِحْدَاهُمَا ، يَنْعَزِلُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . قَالَ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « التَّوَكُّلِ » .

(٢) انْظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي صَفْحَةِ ٤٣٦ ، ٤٣٧ .

(٣) (٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

مَوْتَهُ ، فهو باطلٌ إذا عَلِمَ ذلك . وإن لم يَعْلَمْ بالعَزَلِ ، ولا بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ ، ففيهِ رِوَايَتَانِ . وللشافعيّ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْعَزِلُ . وهو ظاهرُ كَلَامِ الخِرَقِيّ . فعلى هذا ، متى تَصَرَّفَ فَبَانَ أَنَّ تَصَرُّفَهُ بَعْدَ عَزْلِهِ أَوْ مَوْتِ مُوَكَّلِهِ ، فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ رَفَعَ عَقْدَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَا صَاحِبِهِ ، فَصَحَّ بِغَيْرِ عِلْمِهِ ، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ . والثانية ، لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ عِلْمِهِ . نصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ ^(١) الضَّرَرِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَصَرَّفُ تَصَرُّفَاتٍ ^(٢) فَتَقَعُ بَاطِلَةً ، وَرُبَّمَا بَاعَ الْجَارِيَةَ فَيَطْوُهَا الْمُشْتَرِي ، أَوْ الطَّعَامَ فَيَأْكُلُهُ ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ الْمُشْتَرِي ، وَيَجِبُ ضَمَانُهُ ، فَيَتَضَرَّرُ الْمُشْتَرِي وَالْوَكِيلُ . ^(٣) ولأنَّهُ ^(٣) يَتَصَرَّفُ بِأَمْرِ الْمُوَكَّلِ ، فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الرَّجُوعِ فِي حَقِّ الْمَأْمُورِ قَبْلَ عِلْمِهِ ، كَالْفَسْخِ . فعلى هذه الرِّوَايَةِ ، متى تَصَرَّفَ قَبْلَ الْعِلْمِ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ . وهذا قولٌ

« الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : انْعَزَلَ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . وصَحَّحَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . واختارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّرِيفُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ . قال فِي « الْفُرُوعِ » : اختارَهُ الْأَكْثَرُ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هذا أَشْهَرُ . قال القاضي : هذا أَشْبَهُ بِأَصُولِ الْمَذْهَبِ ، وَقِيَاسُ لِقَوْلِنَا : إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِهَما ، كَانَ لِأَحَدِهِمَا الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْآخَرِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُتَوَرِّ » ، و « نِهَايَةِ ابْنِ رَزِينِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَنْعَزِلُ . نصٌّ عَلَيْهَا ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في الأصل : « كثيرة » .

(٣ - ٣) في م : « لأنه » .

الشرح الكبير

أبى حنيفة . ورؤى عن أبى حنيفة أن [١٣٧/٤ ط] الوكيل إن عزل نفسه ، لم ينزل إلا بحضرة الموكل ؛ لأنه متصرف بأمر الموكل ، فلا يصح رد أمره بغير حضرته ، كالمودع في رد الدفعة . ووجه الأول ما ذكرناه . فأما الفسخ فيه وجهان كالروايتين . ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ، ولا يكون عاصيا مع عدم العلم ، وهذا يتضمن العزل عنه إبطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم .

الإنصاف

منصور ، وجعفر بن محمد ، وأبى الحارث . وصححه في « النظم » . وقدمه في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاويين » . قلت : وهو الصواب . وقيل : ينزل بالموت لا بالعزل . ذكره الشيخ تقي الدين . وقال القاضى : محل الروايتين فيما إذا كان الموكل فيه باقيا في ملك الموكل ، أما إن أخرجه من ملكه بعنق أو بيع ، انفسخت الوكالة بذلك . وجزم به . وفرق القاضى بين موت الموكل ، بأن الوكيل لا ينزل على رواية ، وبين^(١) إخراج الموكل فيه من الموكل بعنق أو بيع ، بأنه ينزل جزما ، بأن الملك في العنق والبيع قد زال ، وفي موت الموكل ، السلعة باقية على حكم ملكه . قال الشيخ تقي الدين : وفيه نظر ، فإن الانتقال بالموت أقوى منه بالبيع والعنق ، فإن هذا يمكن الموكل الاختراز منه ، فيكون بمنزلة عزله بالقول ، وذلك زال بفعل الله فيه .

فوائد ؛ منها ، ينبنى على الخلاف ، تضمينه وعدمه ؛ فإن قلنا : ينزل ضمن ، وإلا فلا . وقال الشيخ تقي الدين : لا يضمن مطلقا . قلت : وهو

(١) في الأصل ، ط : « وهى » .

فصل : وإذا وقعت الوكالة مطلقاً ، ملك التصرف أبداً ، ما لم يفسخ الوكالة ، ويحصل بقوله : فسخت الوكالة . أو : أبطلتها . أو : نقضتها . أو : أزلتك . أو : صرقتك . أو : عزلتك عنها . أو ينهائ عن فعل ما أمره به ، وما أشبه ذلك من الألفاظ المقتضية عزله ، والمؤدية معناه ، أو يعزل الوكيل نفسه ، أو يوجد ما يقتضي فسخها حكماً ، على ما ذكرنا ، أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة . فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها ، انفسخت الوكالة ؛ لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختيار إمساكها ، وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعاً لها ، فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضى استيقاعها على نكاحه^(١) ومنع^(٢) طلاقه أولى^(٣) . وإن باشرها دون الفرج ، أو فعل ما يحرّم على غير الزوج ،

الصواب ؛ لأنه لم يفرط . ومنها ، جعل القاضي ، والمصنف ، والشارح ، وجماعة ، محل الخلاف في نفس انفساخ عقد الوكالة قبل العلم . وجعل المجتد ، والناظم ، وجماعة ، محل الخلاف في نفوذ التصرف ، لا في نفس الانفساخ . وهو مقتضى كلام الخريقي . قال الزركشي : وهذا أوفق للنصوص . قال الشيخ تقي الدين : والخلاف لفظي . [١٥٠ / ٢] ومنها ، لا يتعزل مودع قبل علمه . على الصحيح من المذهب ، خلافاً لأبي الخطاب ، فما بيده أمانة . وقال : مثله المضارب . ومنها ، لو قال شخص لآخر : اشتر كذا بيننا . فقال : نعم . ثم قال لآخر : نعم . فقد عزل نفسه من وكالة الأول ، ويكون ذلك له ولثاني . ومنها ، عقود المشاركات ؛ كالشركة والمضاربة . والصحيح من المذهب ، أنها تنفسخ

الإنصاف

(١) في م : « نكاحها » .

(٢ - ٢) في م : « طلاقها » .

وَإِذَا وَكَّلَ اثْنَيْنِ ، لَمْ يَجْزُ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ

المقنع

الشرح الكبير

فهل تَنْفَسِخُ الْوَكَّالَةُ فِي الطَّلَاقِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الْخِلَافِ فِي حُصُولِ الرَّجْعَةِ بِهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ثُمَّ كَاتَبَهُ أَوْ دَبَّرَهُ ، انْفَسَخَتْ الْوَكَّالَةُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ ، لَا يَبْقَى مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، وَعَلَى الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى ، تَصَرُّفُهُ فِيهِ بِذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ قَصَدَ الرُّجُوعَ عَنْ بَيْعِهِ . وَإِنْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ تَبْطُلِ الْوَكَّالَةُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الْعَبْدِ لَمْ يَزُلْ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ .

٢٠٠٠ - مسألة : (وَإِذَا وَكَّلَ اثْنَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ

الإصناف

قَبْلَ الْعِلْمِ ، كَالْوَكَّالَةِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : الْأَلِيقُ بِمَذْهَبِنَا فِي الْمُضَارَبَةِ ، وَالشَّرِكَةِ ، لَا تَنْفَسِخُ بِفَسْخِ الْمُضَارِبِ ، حَتَّى يَعْلَمَ رَبُّ الْمَالِ وَالشَّرِيكَ ، لِأَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إِلَى عَامَّةِ الْأَضْرَارِ ، وَهُوَ تَعْطِيلُ الْمَالِ عَنِ الْفَوَائِدِ وَالْأَرْبَاحِ .

فائدة : لَوْ عُزِلَ الْوَكِيلُ ، كَانَ مَا فِي يَدِهِ أَمَانَةً . وَكَذَلِكَ عُقُودُ الْأَمَانَاتِ كُلُّهَا ؛ كَالْوَدِيعَةِ ، وَالشَّرِكَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالرَّهْنِ ، إِذَا انْتَهَتْ أَوْ انْفَسَخَتْ ، وَالْهَبَةِ إِذَا رَجَعَ فِيهَا الْأَبُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الرَّهْنِ . وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، فِي « خِلَافَيْهِمَا » ^(١) ، فِي بَقِيَّةِ الْعُقُودِ ، وَأَنَّهَا تَبْقَى أَمَانَةً . وَقِيلَ : تَبْقَى مَضْمُونَةً إِنْ لَمْ يُبَادِرْ بِالذَّفْعِ إِلَى الْمَالِكِ ، كَمَنْ أَطَارَتْ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبًا . وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ « خِلَافِهِ » ، فِي الْوَدِيعَةِ وَالْوَكَّالَةِ . وَكَلَامُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ يُشْعِرُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْوَدِيعَةِ وَالرَّهْنِ ، فَلَا يَضْمَنُ فِي الرَّهْنِ ، وَيَضْمَنُ فِي الْوَدِيعَةِ .

قوله : وَإِنْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ ، لَمْ يَجْزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « خِلَافَهُمَا » .

يَجْعَلْ ذَلِكَ إِلَيْهِ .

المقنع

الشرح الكبير

بالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا وَكَّلَ وَكَيْلَيْنِ وَجَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ الْإِنْفِرَادَ بِالتَّصَرُّفِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَاذُونٌ فِيهِ وَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ لَهُ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ فِي ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ فِعْلُ مَا أُذِنَ فِيهِ مُوَكَّلُهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، فَإِنْ وَكَّلَهُمَا فِي حِفْظِ مَالِهِ ، حَفِظَاهُ مَعًا فِي حِرْزِهِ لِهَما ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : أَفْعَلَا كَذَا . يَفْتَضِي اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى فِعْلِهِ ، وَهُوَ مِمَّا يُمَكِّنُ ، فَتَعَلَّقَ بِهِمَا ، وَفَارَقَ هَذَا قَوْلَهُ : بِعَتُكُمَا . حَيْثُ كَانَ مُنْقَسِمًا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْمَلِكُ لَهُمَا ^(١) عَلَى الْاجْتِمَاعِ ، فَانْقَسَمَ بَيْنَهُمَا . فَإِنْ غَاب أَحَدُ الْوَكَيْلَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ ، وَلَا لِلْحَاكِمِ ضَمُّ أَمِينٍ إِلَيْهِ لِيَتَصَرَّفَا ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ رَشِيدٌ جَائِزُ التَّصَرُّفِ ، لَا وَلَايَةَ لِلْحَاكِمِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُقِيمُ الْحَاكِمُ وَكَيْلًا ^(٢) لَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَفَارَقَ مَا لَوْ مَاتَ أَحَدُ الْوَصِيِّينَ ، حَيْثُ يُضَيَّفُ الْحَاكِمُ إِلَى الْوَصِيِّ أَمِينًا لِيَتَصَرَّفَا ؛ لِكَوْنِ الْحَاكِمِ لَهُ النَّظَرُ فِي حَقِّ الْمَيِّتِ وَالْيَتِيمِ ، وَلِهَذَا لَوْ لَمْ يُوصَ إِلَى أَحَدٍ ، [١٣٨/٤] أَقَامَ الْحَاكِمُ أَمِينًا فِي النَّظَرِ لِلْيَتِيمِ . وَإِنْ حَضَرَ الْحَاكِمُ أَحَدُ الْوَكَيْلَيْنِ ، وَالْآخَرُ

الإِنصاف ذلك إليه . وهو المذهب . وجزم به في «الوجيز» ، و «المُعْنَى» ، و «الشرح» ، وغيرهم . وقدمه في «الرَّعَايَتَيْنِ» ، و «الْحَاوِيَيْنِ» ، و «الْفُرُوعِ» ، و «الْفَائِقِ» ، وغيرهم . وقيل : لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ إِلَّا فِي الْخُصُومَةِ . قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : وَقِيلَ : إِنْ وَكَّلَهُمَا فِي خُصُومَةٍ ، انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا ؛ لِلْعُرْفِ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ .

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

غَائِبٌ ، فَادْعَى الْوَكَالَهَ لَهَا ، وَأَقَامَ بَيْتَةً ، سَمِعَهَا الْحَاكِمُ ، وَحَكَمَ بِثُبُوتِ الْوَكَالَهَ لَهَا ، لَمْ ^(١) يَمْلِكِ الْحَاضِرُ التَّصَرُّفَ وَحْدَهُ ، فَإِذَا حَضَرَ الْآخَرُ تَصَرَّفَا مَعًا ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيْتَةِ ؛ لِأَنَّ الْحَاكِمَ سَمِعَهَا لَهَا مَرَّةً . فَإِنْ قِيلَ : هَذَا حُكْمٌ لِلْغَائِبِ . قُلْنَا : يَجُوزُ تَبَعًا لِحَقِّ الْحَاضِرِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَ بِالْوَقْفِ الَّذِي يُثْبِتُ ^(٢) لِمَنْ لَمْ يُخْلَقْ ^(٣) لِأَجْلِ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ فِي الْحَالِ ، كَذَا هُنَا . وَإِنْ جَحَدَ الْغَائِبُ الْوَكَالَهَ ، أَوْ عَزَلَ نَفْسَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَتَصَرَّفَ . وَبِمَا ذَكَرْنَاهُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَجَمِيعُ التَّصَرُّفَاتِ فِي هَذَا سَوَاءٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا وَكَّلَهَا فِي خُصُومَةٍ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْإِنْفِرَادُ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِتَصَرُّفِ أَحَدِهِمَا ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ .

فَائِدَةٌ : حُقُوقُ الْعَقْدِ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْمُوكَّلِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، الْإِنْصَافُ وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقُ قَرِيبٌ وَكِيلٌ عَلَيْهِ ، وَيَتَّقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الْمُوكَّلِ ، وَيُطَالَبُ بِالثَّمَنِ ، وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ ، وَيَضْمَنُ الْعَهْدَةَ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَإِنْ اشْتَرَى وَكِيلٌ ^(١) فِي شِرَاءٍ فِي الذَّمَّةِ ، فَكُضَامِنٌ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فِي مَنْ وَكَّلَ فِي بَيْعٍ ، أَوْ اسْتِجَارٍ : فَإِنْ لَمْ يُسَمِّ مُوكَّلُهُ فِي الْعَقْدِ ، فَضَامِنٌ ، وَإِلَّا فَرَوَاتِنَانِ . وَقَالَ : ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ يَضْمَنُهُ . قَالَ : وَمِثْلُهُ الْوَكِيلُ فِي الْاِقْتِرَاضِ .

(١) فِي النسخ : « وَلَمْ » .

(٢) فِي الْأَصْل : « ثَبِت » .

(٣) فِي م : « يَخْلُق » .

(٤) فِي الْأَصْل ، ط : « وَكَل » .

المقنع وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ إِذَا زَادَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يَبِيعُ وَكَانَ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ .

الشرح الكبير ٢٠٠١ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ) «ولا في الشراء أن يشتري من نفسه» (وعنه ، يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء ، أو وكَّلَ مَنْ يَبِيعُ وَكَانَ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ) وجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ وَكَّلَ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيعَهُ لِنَفْسِهِ ، وَلَا لِلْوَكِيلِ فِي الشَّرَاءِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ نَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . نَقَلَهَا مُهَنَّاتًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ جَوَازُ ذَلِكَ فِيهِمَا . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، يَجُوزُ لَهَا أَنْ يَشْتَرِيَ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَزِيدَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَتَوَلَّى النَّدَاءَ غَيْرُهُ . قَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ

الإِنصافُ قوله : وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي «الْمُذْهَبِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِيَيْنِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشَّرِيفُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْخَرَقِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ ،

(١ - ١) جاء هذا في م بعد قوله : «وكان هو أحد المشتريين» في السطر التالي .

اَشْتَرَا طُ تَوَلَّى غَيْرِهِ لِلنَّدَاءِ وَاجِبًا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَحَبًّا ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ بِظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ يُوَلَّى مَنْ يَبِيعُ وَيَكُونُ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ يَجُوزُ لَهُ دَفْعُهَا إِلَى غَيْرِهِ لِيَبِيعَهَا ، وَهَذَا تَوَكِيلٌ وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ التَّوَكِيلُ ؟ قُلْنَا : يَجُوزُ التَّوَكِيلُ فِيمَا لَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، وَالنَّدَاءُ مِمَّا لَمْ تَجْرِ ^(١) الْعَادَةُ أَنْ يَتَوَلَّاهُ أَكْثَرُ النَّاسِ بِنَفْسِهِمْ . فَإِنْ وَكَّلَ إِنْسَانًا يَشْتَرِي لَهُ ، وَبَاعَ ، جَازَ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ مُوَكَّلِهِ فِي الْبَيْعِ ، وَحَصَلَ غَرَضُهُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا أَجْنَبِيٌّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ الشُّرَاءَ دُونَ الْوَكِيلِ ؛

إِذَا زَادَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِ دُوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يَبِيعُ ، حَيْثُ جَازَ التَّوَكِيلُ ، وَكَانَ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَعَنْهُ ، لَهُ الْبَيْعُ مِنْ نَفْسِهِ إِذَا زَادَ عَلَى ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَنْهُ ، يَصِحُّ أَنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ إِذَا زَادَ عَلَى ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ . وَقِيلَ : أَوْ وَكَّلَ بَائِعًا . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا نَقَلَهُ حَنْبَلٌ . وَقِيلَ : لَهَا . انْتَهَى . وَحَكَى الزَّرْكَاشِيُّ ، إِذَا زَادَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِي النَّدَاءِ رِوَايَةً ، وَإِذَا وَكَّلَ فِي الْبَيْعِ ، وَكَانَ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ رِوَايَةً أُخْرَى . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّبْعِينَ » : وَأَمَّا رِوَايَةُ الْجَوَارِ ، فَاخْتَلَفَ فِي حِكَايَةِ شُرُوطِهَا عَلَى طُرُقٍ ؛ أَحَدُهَا ، اشْتِرَاطُ الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّمَنِ الَّذِي تَنْتَهِي إِلَيْهِ الرِّغْبَاتُ فِي النَّدَاءِ ، وَفِي اشْتِرَاطِ أَنْ يَتَوَلَّى النَّدَاءَ غَيْرُهُ وَجْهَانِ . وَهِيَ طَرِيقَةُ الْقَاضِي

(١) بعده في م : (١٤٠) .

لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾^(١) .
 وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه ، فقد قرَّبه بالتي هي أحسن . ولأنَّه
 [١٣٨/٤ ظ] نأى عن الأب ، وذلك جائز للأب ، فكذاك نأى به . ووجه
 الرواية الأولى ، أنَّ العرف في البيع ينع الرجل من غيره ، فحملت الوكالة
 عليه ، كما لو صرح به ، ولأنَّه تلحقه التهمة ، ويتنافى العرضان في بيعه
 لنفسه ، فلم يجز ، كما لو نهاه . والوصي كالوكيل ؛ لأنَّه يبيع مال غيره
 بتوليته ، فأشبهه الوكيل ، أو متهم ، فأشبهه الوكيل ، بل التهمة في الوصي
 أكد ؛ لأنَّ الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير ، والوصي
 يتهم في ذلك ، وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم في بيعه ،

في « المجرد » ، وابن عقيل . والثاني ، أنَّ المشتراط التوكيل المجرد ، كما هي
 طريقة ابن أبي موسى ، والشيرازي . والثالث ، أنَّ المشتراط أحد أمرين ؛ إما أنَّ
 يوكل من يبيعه ، على قولنا : يجوز ذلك . وإما الزيادة على ثمنه في النداء . وهي طريقة
 القاضي في « خلافه » ، وأبي الخطاب . وأطلق الروايتين في « الهداية » ،
 و « المستوعب » ، و « الشرح » . وذكر الأزرقي احتمالاً ، أنهما لا يعتبران ؛
 لأنَّ دينه وأمانته تحمله على الحق ، وربما زاد خيراً . وعنه رواية رابعة ، يجوز أن
 يُشاركه [١٥٠/٢ ظ] فيه ، لا أن يشتريه كله . ذكرها الزركشي وغيره . ونقلها
 أبو الحارث .

تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يأذن له ، فإنَّ إذن له في الشراء من نفسه ، جاز .
 ومقتضى تعليل الإمام أحمد في الرواية التي تقول بالجواز فيها ويوكل ، لا يجوز ؛

(١) سورة الأنعام ١٥٢ ، والإسراء ٣٤ .

فكان أَوْلَى بالمنع ، وعند ذلك لا يكونُ أخذهُ لِمَالِهِ ^(١) قُرْبًا له ^(٢) بالتى هى أحسنُ . وقد رُوِيَ عن ^(٣) ابنِ مسعودٍ ، أنه قال فى رجلٍ أَوْصَى إلى رجلٍ بتركِته ، وقد تركَ قَرِيْبًا ، فقال الوَصِيُّ : أَشْتَرِيهِ . قال : لا .

فصل : وحُكْمُ الحَاكِمِ وأَمِينِهِ ، كحُكْمِ الوَكِيلِ ، والحُكْمُ فى بَيْعِ أَحَدٍ هؤلاءِ لوكيلِهِ ، أو وَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، أو طِفْلٍ يَلِى عليه ، أو لوكيلِهِ ، أو عَبْدِهِ المَأْذُونِ له ، كالحُكْمِ فى بَيْعِهِ لِنَفْسِهِ ، كلُّ ذلك يُخْرَجُ على رِوَايَتَيْنِ ، بناءً على بَيْعِهِ لِنَفْسِهِ . فأما بَيْعُهُ لَوَلَدِهِ الكَبِيرِ ، أو وَلَدِهِ ، أو مُكَاتِبِهِ ، فذكرَهم أصحابنا أيضًا فى جُمْلَةِ ما يُخْرَجُ على رِوَايَتَيْنِ . ولأصحابِ الشافعى فيهم وَجْهَان . وقال أبو حنيفة : يَجُوزُ بَيْعُهُ لَوَلَدِهِ الكَبِيرِ ؛ لأنَّهُ امْتَثَلَ أَمْرَ مَوْكَلِهِ ، ووافقَ ^(٣) العُرْفَ فى بَيْعِ غَيْرِهِ ، كما لو باعَهُ لأَخِيهِ ، وفارقَ البَيْعَ لوكيلِهِ ؛ لأنَّ الشُّرَاءَ إِنَّمَا يَقْعُ لِنَفْسِهِ ، وكذلك بَيْعُ عَبْدِهِ المَأْذُونِ ، وبَيْعُ طِفْلٍ يَلِى عليه ، بَيْعٌ لِنَفْسِهِ ؛ لأنَّ الشُّرَاءَ إِنَّمَا ^(٤) يَقْعُ لِنَفْسِهِ .

لأنَّهُ يَأْخُذُ بِإِحْدَى يَدَيْهِ مِنَ الأُخْرَى .

فائدَتَانِ ؛ إحداهما ، وكذا الحُكْمُ فى شِراءِ الوَكِيلِ مِن نَفْسِهِ للمَوْكَلِ . وكذا الحَاكِمُ وأَمِينُهُ ، والوصِيُّ ، وناظرُ الوقْفِ ، والمُضَارِبُ ، كالوَكِيلِ . ولم يذكُر ابنُ أبى موسى فى الوَصِيِّ سِوَى المنعِ . وقال فى « القاعِدَةِ السَّبْعِينَ » : يَتَوَجَّهُ

(١ - ١) فى م : « قربانا » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى ر ، ق : « فارق » .

(٤) سقط من : م . وفى الأصل : « لما » .

وَوَجْهَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمْ ، أَنَّهُ يُتَّهَمُ فِي حَقِّهِمْ ، وَيَمِيلُ إِلَى تَرْكِ الْاِسْتِقْصَاءِ عَلَيْهِمْ فِي الثَّمَنِ ، كُتِّهِمْ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، ^(١) وَلِذَلِكَ ^(٢) لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُمْ . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَ لِمَوْكَلِهِ ، كَالْحُكْمِ ^(٣) فِي بَيْعِهِ لِمَالِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي الْمَعْنَى .

الشرح الكبير

فصل : وَإِنْ وَكَّلَ رَجُلًا يَتَزَوَّجُ لَهُ امْرَأَةً ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ ابْنَتَهُ ؟ يُخْرَجُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ ، هَلْ يَبِيعُ لَوْلَدِهِ الْكَبِيرِ ؟ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ . وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِيمَا قَبْلُهَا ^(٤) . وَإِنْ أَذِنَتْ لَهُ مُوَلِّيَّتُهُ ^(٥) فِي تَزْوِيجِهَا ، خُرُجٌ فِي تَزْوِيجِهَا لِنَفْسِهِ أَوْ لَوْلَدِهِ أَوْ لَوْلَدِهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرَ فِي الْبَيْعِ . وَكَذَلِكَ إِنْ وَكَّلَهُ رَجُلٌ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ ، خُرُجٌ فِيهِ مِثْلُ ذَلِكَ .

التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْحَاكِمِ وَغَيْرِهِ ؛ فَإِنَّ الْحَاكِمَ وَلَا يَتَّهَمُ غَيْرُ مُسْتِنْدَةٍ إِلَى إِذْنٍ ، فَتَكُونُ عَامَّةً ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، حَيْثُ صَحَّحْنَا ذَلِكَ ، صَحَّحْنَا أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ« الْفَائِقِ » . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ .

الإيضاح

فائدة : وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ وَكَّلَ فِي بَيْعِ عَبْدٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَوَكَّلَهُ آخَرُ فِي شِرَائِهِ مِنْ نَفْسِهِ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَقَالَا : وَمِثْلُهُ لَوْ وَكَّلَهُ

(١ - ١) فِي م : « وَكَذَلِكَ » .

(٢) فِي م : « كَالْحَاكِمِ » .

(٣) فِي م : « قَبْلُهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَلَيْتَهُ » .

وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ لَوْلَدِهِ ، أَوْ وَالِدِهِ ، أَوْ مُكَاتِبِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

المقنع

الشرح الكبير

٢٠٠٢ - مسألة : (وهل يجوز أن يبيعه لولدِهِ ، أو والدِهِ ، أو مكاتبِهِ ؟ على وجهين) وقد ذكرناه في المسألة قبلها .

فصل : فإن وكله في بيع عبده ، وكله آخر في شراء عبدٍ ، فقياس المذهب جواز شرائه من نفسه ؛ لأنه أذن له في طرفي العقد ، فجاز له أن يليهما إذا انتفت التهمة ، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه . ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما [١٣٩/٤] فالقياس جوازه ؛ لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة كل واحد منهما ، ولأصحاب الشافعي في المسألتين وجهان .

فصل : فإن أذن للوكيل أن يشتري من نفسه ، جاز ذلك . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز في أحد الوجهين ؛ لأنه يجتمع له في عقده غرضان ، الاسترخاض لنفسه ، والاستيفاء للموكل ، وهما متضادان ، فتمانعا . ولنا ، أنه وكله في التصرف لنفسه ، فجاز ، كما وكل المرأة في

المتداعيان في الدعوى عنهما ؛ لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما ، والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة لكل واحد منهما . وقدمه في « الفروع » . وقال الأزرقي : لا يصح في الدعوى من واحد للتضاد .

قوله : وهل يجوز أن يبيعه لولدِهِ ، أو والدِهِ ، أو مكاتبِهِ ؟ على وجهين . وهما احتمالان مطلقان في « الهداية » . وأطلق الوجهين في « الفروع » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « التلخيص » ، و « الرعاية الصغرى » ، و « المحرر » ، و « الحاويين » ، و « الفائق » ، و « شرح ابن

طَلَاقٍ نَفْسِهَا ، وَلَأنَّ عِلَّةَ الْمَنَعِ مِنَ الشَّرَاءِ ^(١) لِنَفْسِهِ فِي مَحَلِّ الْإِتِّفَاقِ
 التَّهْمَةُ ؛ لِدَلَالَتِهَا عَلَى عَدَمِ رِضَا الْمُوَكَّلِ بِهَذَا التَّصَرُّفِ ، وَإِخْرَاجِ هَذَا
 التَّصَرُّفِ عَنْ عُمُومِ لَفْظِهِ وَإِرَادَتِهِ ، وَقَدْ صَرَّحَ هُنَا بِالِإِذْنِ فِيهَا ، فَلَا
 يَبْقَى ^(٢) دَلَالَةُ الْحَالِ مَعَ نَصِّهِ بِلَفْظِهِ عَلَى خِلَافِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَتَصَادُّ
 مَقْصُودُهُ فِي الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ . قُلْنَا : إِنْ عَيَّنَ الْمُوَكَّلُ لَهُ الثَّمَنَ فَاشْتَرَى
 بِهِ ^(٣) ، فَقَدْ زَالَ مَقْصُودُ الِاسْتِقْصَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا يُرَادُّ أَكْثَرُ مِمَّا قَدْ ^(٤) حَصَلَ ،
 وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ لَهُ الثَّمَنُ تَقَيَّدَ ^(٥) الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ لِأَجْنَبِيٍّ ^(٦) .
 وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا فِيمَا إِذَا وَكَّلَ عَبْدًا يَشْتَرِي لَهُ نَفْسَهُ مِنْ سَيِّدِهِ وَجْهًا ،
 أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، فَيُخْرَجُ هُنَا مِثْلُهُ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

مُنْجَى » ، أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . أَى لَا يَصِحُّ ، كَنَفْسِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي
 « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُنْتَخَبِ
 الْأَرْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الرَّعَايَةِ
 الْكُبْرَى » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » : اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ .
 قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَالشَّارِحُ : الْوَجْهَانِ هُنَا مَبْنِيَّانِ عَلَى
 الرَّوَايَتَيْنِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ . قُلْتُ : الصَّوَابُ أَنَّ الْخِلَافَ هُنَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِعَدَمِ

(١) فِي م : « الْمُشْتَرَى »

(٢) فِي م : « يَنْفَى » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي ق : « بِعَقْدِ » . وَفِي م : « بِعَيْدِ » .

(٦) فِي م : « الْأَجْنَبِيُّ » .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً ، وَلَا يَغْيِرَ نَقْدَ الْبَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ، ^{المقنع} كَالْمُضَارِبِ .

٢٠٠٣ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً ، وَلَا يَغْيِرَ نَقْدَ الْبَلَدِ . ^{الشرح الكبير} وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ، كَالْمُضَارِبِ) وَجَمَلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُوَكَّلَ إِذَا عَيَّنَ لِلْوَكِيلِ الشِّرَاءَ أَوْ الْبَيْعَ بِنَقْدٍ مُعَيَّنٍ أَوْ حَالٍ ، لَمْ تَجْزُ مُخَالَفَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ بِإِذْنِهِ ، وَلَمْ يَأْذَنْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ . وَإِنْ أْذِنَ لَهُ فِي الشِّرَاءِ أَوْ الْبَيْعِ بِنَسِئَةٍ ، جَازَ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، لَمْ يَبِيعْ إِلَّا حَالًا بِنَقْدِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ الْحُلُولُ ، وَإِطْلَاقُ النَّقْدِ يَنْصَرِفُ إِلَى نَقْدِ الْبَلَدِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالَهُ . فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدَانِ ، بَاعَ بِأَغْلِيهِمَا ، فَإِنْ تَسَاوَيَا ، بَاعَ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا . وَبِهَذَا

الصَّحَّةُ هُنَاكَ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَجُوزُ . أَيْ ^{الإنصاف} يَصِحُّ ، وَإِنْ مَنَعْنَا الصَّحَّةَ فِي شِرَاءِ الْوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ .

تَنْبِيهِ : مُحَلُّ الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، وَفِي الَّتِي قَبْلَهَا ، إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْمُوَكَّلُ فِي ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِنْ أْذِنَ لَهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ ، وَيَصِحُّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ أَيْضًا . حَكَاهُ الْمَجْدُ . قُلْتُ : وَهُوَ بَعِيدٌ فِي غَيْرِ الْوَكِيلِ .

تَنْبِيهِ : مَفْهُومُ كَلَامِهِ جَوَازُ بَيْعِهِ لِإِخْوَتِهِ وَسَائِرِ أَقَارِبِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، وَصَرَّحَ بِهِ جَمَاعَةٌ . وَذَكَرَ الْأَزْجِيُّ فِيهِمْ وَجْهَيْنِ . قُلْتُ : حَيْثُ حَصَلَتْ تَهْمَةٌ فِي ذَلِكَ ، لَا يَصِحُّ .

قوله : وَلَا يَجُوزُ - أَيْ لَا يَصِحُّ - أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً ، وَلَا يَغْيِرَ نَقْدَ الْبَلَدِ . وَكَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ بغيرِ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ إِنْ كَانَ فِيهِ نَقْدٌ . وَمُرَادُهُ ، إِذَا أَطْلَقَ الْوَكِيلَ .

قال الشافعي . وقال أبو حنيفة وصاحباؤه : له البيع نساء ؛ لأنه معتاد ، فأشبهه الحال . ويتخرج لنا مثل ذلك ، بناءً على الرواية في المضارب . والأول أولى ؛ لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة ، ولا نسلّم تساوي العادة فيهما ، فإن بيع الحال أكثر . ويفارق المضاربة^(١) لوجهين ؛ أحدهما ، أن المقصود من المضاربة الربح ، لا دفع الحاجة بالثمن في الحال ، وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة

وهذا المذهب في ذلك ، نص عليه . وجزم به في « التلخيص » ، و « المحرر » ، و « الوجيز » ، وغيرهم . وقدمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « شرح ابن منجي » ، و « الفائق » ، و « الشرح » ، وقال : هو أولى . ويحتمل أن يجوز ، كالمضارب . وهو لأبي الخطاب في « الهداية » ، وهو تخريج في « الفائق » ، وهو رواية في « المحرر » وغيره ، واختاره أبو الخطاب . وذكر ابن رزير في « النهاية » ، أن الوكيل يبيع حالاً بنقد بلده ، وبغيره ، لا نساء . وذكر في « الانتصار » ، أنه يلزمه التقد أو ما نقص .

تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، جواز بيع المضارب نساء ؛ لكونه جعله هنا أصلاً للجواز . وهو صحيح ، وهو الصحيح من المذهب ، على ما يأتي إن شاء الله تعالى في باب الشركة . لكن أطلق هناك الخلاف في شركة العنان ، والمضاربة مثلها . فالحاصل أن الصحيح من المذهب في الوكالة ، عدم الجواز ، وفي المضاربة ، الجواز . وفرق المصنف ، والشارح بينهما بأن المقصود من المضاربة الربح ، وهو في النساء أكثر ، ولا يتعين في الوكالة ذلك ، بل ربما كان

(١) في الأصل : « المضارب » .

وَأِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ [١٢١] أَوْ بَانْقَصَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ،
صَحَّ ، وَضُمِنَ النِّقْصَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَصَحَّ .

ناجزة^(١) تَفُوتُ بِتَأْخِيرِ الثَّمَنِ . والثاني ، أَنَّ اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ فِي الْمُضَارَبَةِ
عَلَى الْمُضَارِبِ ، فَيَعُودُ ضَرَرُ التَّأْخِيرِ [١٣٩/٤ ط] فِي التَّقَاضِي عَلَيْهِ ،
وَهُنَا بِخِلَافِهِ ، فَلَا يَرْضَى بِهِ الْمُوَكَّلُ ، وَلِأَنَّ الضَّرَرَ فِي تَوَى الثَّمَنِ^(٢)
عَلَى الْمُضَارِبِ ؛ لِأَنَّهُ يُحْسَبُ مِنَ الرَّبْحِ ؛ لَكَوْنِ الرَّبْحِ وَقَايَةً لِرَأْسِ الْمَالِ ،
وَهُنَا يَعُودُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ، فَانْقَطَعَ الْإِلْحَاقُ .

٢٠٠٤ - مسألة : (وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بَانْقَصَ مِمَّا
قَدَّرَهُ لَهُ ، صَحَّ ، وَضُمِنَ النِّقْصَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصَحَّ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ،

الْمَقْصُودُ تَحْصِيلَ الثَّمَنِ لِدَفْعِ حَاجَتِهِ ، وَلِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ [١٥١ / ٢] فِي
الْمُضَارَبَةِ عَلَى الْمُضَارِبِ ، فَيَعُودُ ضَرَرُ التَّأْخِيرِ فِي التَّقَاضِي عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ
الْوَكَاةِ ، فَيَعُودُ ضَرَرُ الطَّلَبِ عَلَى الْمُوَكَّلِ .

فائدة : إِذَا أَطْلُقَ الْوَكَاةَ ، لَمْ يَصَحَّ أَنْ يَبِيعَ بِمَنْفَعَةٍ ، وَلَا بِعَرَضٍ^(٣) . أَيْضًا . عَلَى
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ . وَفِي الْعَرَضِ اخْتِمَالٌ
بِالصَّحَّةِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « الْمُوجَزِ » . وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ : إِذَا قَالَ
لِلْوَكِيلِ : أَذِنْتَ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِي الشِّرَاءِ بِخَمْسَةٍ . وَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ .

قوله : وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بَانْقَصَ مِمَّا قَدَّرَهُ ، صَحَّ ، وَضُمِنَ
النِّقْصَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَاخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ،

(١) فِي م : « بِأَجْرَةٍ » .

(٢) تَوَى الثَّمَنِ : هَلَكَه .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « بِعَرَضٍ » .

أَنَّ الْوَكِيلَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ بِذَوْنِ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ ذَوْنِ مَا قَدَّرَهُ لَهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا أُطْلِقَ الْوَكَالَةُ فِي الْبَيْعِ ، فَلَهُ الْبَيْعُ بِأَيِّ ثَمَنِ كَانَ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ فِي الْإِذْنِ مُطْلَقٌ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى إِطْلَاقِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَكِيلٌ مُطْلَقٌ فِي عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فَاقْتَضَى ثَمَنَ الْمِثْلِ ، كَالشِّرَاءِ ، فَإِنَّهُ قَدْ وَافَقَ عَلَيْهِ ، وَبِهِ يَنْتَقِضُ دَلِيلُهُ . فَإِنْ بَاعَ بِأَقْلٍ

وَالْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » وَغَيْرُهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِيَتَيْنِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَ« نَازِمِ الْمَفْرَدَاتِ » ، وَقَالَ : قَالَهُ الْأَكْثَرُ . وَهُوَ مِنْ الْمَفْرَدَاتِ .

قَوْلُهُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ . وَهُوَ رِوَايَةٌ مَنْصُوصَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . وَصَحَّحَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَقَالَ : إِنَّهُ الَّذِي تَقْتَضِيهِ أَصُولُ الْمَذْهَبِ . وَقَدَّمَهُ الشَّارِحُ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْكَافِي » . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرُهُمَا : وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ كَتَصَرَّفِ الْفُضُولِيِّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : قِيلَ : إِنَّهُ كَفُضُولِيِّ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فَإِنْ تَلَفَ وَضَمِنَ الْوَكِيلُ ، رَجَعَ عَلَى مُشْتَرِيهِ لِتَلَفِهِ عِنْدَهُ . وَقِيلَ : يَصِحُّ . نَصَّ عَلَيْهِ . انْتَهَى . وَيَأْتِي قَرِيبًا فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ : لَوْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرٍ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ .

الشرح الكبير

مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ مِمَّا لَا^(١) يَتَغَابِنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ أَوْ بِدُونِ مَا قَدَّرَهُ لَهُ ،
فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَمْ يُؤْذَنْ^(٢) لَهُ فِي الْبَيْعِ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّ^(٣) الْبَيْعَ صَحِيحٌ ،
وَيُضْمَنُ الْوَكِيلُ النَّقْصَ ؛ لِأَنَّ مَنْ صَحَّ بَيْعُهُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، صَحَّ بِدُونِهِ ،
كَالْمَرِيضِ . فَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ ، يَكُونُ عَلَى الْوَكِيلِ ضَمَانُ النَّقْصِ ، وَفِي

الإصناف

تَنْبِيهِه : جَمَعَ الْمُصَنِّفُ بَيْنَ مَا إِذَا وَكَّلَهُ فِي الْبَيْعِ وَأُطْلِقَ ، وَبَيْنَ مَا إِذَا قَدَّرَهُ لَهُ ،
فَجَعَلَ الْحُكْمَ وَاحِدًا . وَهُوَ أَصَحُّ الطَّرِيقَتَيْنِ . وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَغَيْرُهُ . وَنَصَّ
عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ ، وَأَبْنِي دَاوُدَ ، وَابْنِ مَنْصُورٍ . وَقِيلَ : يَنْطَلِقُ الْعَقْدُ مَعَ مُخَالَفَةِ
التَّسْمِيَةِ ، وَلَا يَنْطَلِقُ مَعَ الْإِطْلَاقِ . وَمِمَّنْ قَالَ ذَلِكَ ؛ الْقَاضِي فِي « الْمُبْرَدِ » ،
وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « فُصُولِهِ » . قَالَ فِي « الْفَائِدَةِ^(٤) الْعِشْرِينَ » .

تَنْبِيهِه : مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ : وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ . مِمَّا يَتَغَابِنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ،
فَأَمَّا مَا لَا يَتَغَابِنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ؛ كَالدَّرْهَمِ فِي الْعَشْرَةِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ مَعْفُوفٌ عَنْهُ إِذَا لَمْ
يَكُنِ الْمُوَكَّلُ قَدْ قَدَّرَ الثَّمَنَ .

قَوْلُهُ : وَضَمِنَ النَّقْصَ . فِي قَدْرِهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْكَافِي » ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ
مَا بَيْنَ مَا بَاعَ بِهِ وَثَمَنِ الْمِثْلِ . قَالَ الشَّارِحُ : وَهَذَا أَقْيَسُ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ .
ذَكَرَهُ عَنْهُ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَالْوَجْهُ
الثَّانِي ، هُوَ مَا بَيْنَ مَا يَتَغَابِنُ بِهِ النَّاسُ وَمَا لَا يَتَغَابِنُونَ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، فِي أَصْلِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « يَأْذَن » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في النسخ : « القاعدة » ، وانظر : القواعد ٤٥٦ .

الشرح الكبير قدره وجهان ، أحدهما ما بين ثمن المثل ^(١) وما باعه به . والثاني ، ما بين ما يتغابن الناس به ^(٢) وما لا يتغابنون ؛ لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه . والأول أقيس ؛ لأنه يبيع غير مأذون فيه ، أشبه ببيع الأجنبي . وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفاً لموكله ، فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي ، على ما ذكر ^(٣) في موضعه . فأما ما يتغابن الناس به عادة ، وهو درهم في عشرة ، فمغفوع عنه إذا لم يكن الموكل قدّر الثمن ؛ لأن ما يتغابن الناس به يعد ^(٤) ثمن المثل ، ولا يمكن التحرر منه .

فصل : ولو حصر من يزيد على ثمن المثل ، لم يجز أن يبيع بثمن المثل ؛ لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله . فإن باع بثمن

الإنصاف المسألة ، لا يضمن عبداً لسيده ، ولا صبي لنفسه ، ويصح البيع . على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » . وفيه احتمال ، أنه يئطل . قال في « الفروع » : وهو أظهر . قلت : فعلى الأول ، يعانى بها في الصبي .

فائدتان : إحداهما ، قال في « الرعاية الكبرى » : لو وكله في بيع شيء إلى أجل ، فزاده أو نقصه ، ولا حظ فيه ، لم يصح . قال في « الفروع » : وإن أمر بشراء كذا حالاً ، أو يبيع بكذا نساء ، فخالف في حلول وتأجيل ، صح في الأصح .

(١) في م : « المال » .

(٢) في م : « بمثله » .

(٣) في م : « ذكرنا » .

(٤) في م : « بعد » .

وَأِنْ بَاعَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ ، صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الْمُنْعِ
الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ .

الشرح الكبير

المِثْلُ ، فَحَصَرَ مَنْ يَزِيدُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فَسْخُ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ
مَنْهِيٌّ عَنْهَا ، فَلَا يَلْزَمُ الرَّجُوعُ إِلَيْهَا ، وَلِأَنَّ الْمُرَادَ قَدْ لَا يَثْبُتُ عَلَى الزِّيَادَةِ ،
فَلَا يَلْزَمُهُ الْفَسْخُ بِالشَّكِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ أَمَكَنَ
تَحْصِيلُهَا ، أَشْبَهَ مَا قَبْلَ الْبَيْعِ ، وَالنَّهْيُ يَتَوَجَّهُ إِلَى الَّذِي زَادَ لَا إِلَى
الْوَكِيلِ ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا زَادَ قَبْلَ الْبَيْعِ بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ عَلَيْهِ .

٢٠٠٥ - مسألة : (وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرِ) مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ (صَحَّ ،
سَوَاءٌ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الَّذِي أَمَرَهُ بِهِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ) إِذَا وَكَّلَهُ

وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَتَصَرَّرْ . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، لَوْ حَصَرَ مَنْ يَزِيدُ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ ، لَمْ يَجُزْ
أَنْ يَبِيعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ،
وَ « الْفَاتَوَى » ، وَغَيْرِهِمْ . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا . وَهِيَ مَخْصُوصَةٌ مِنْ مَفْهُومِ كَلَامِ
الْمُصَنِّفِ وَكَلَامِ غَيْرِهِ ، مِمَّنْ أَطْلَقَ . وَلَوْ بَاعَهُ بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، فزَادَ عَلَيْهِ آخَرُ فِي مُدَّةِ
الْخِيَارِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْفَسْخُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : قُلْتُ : وَيَحْتَمِلُ لَزُومُهُ إِنْ صَحَّ
يَبِيعُهُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ . انْتَهَى . قَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » : وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يَلْزَمَهُ ذَلِكَ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِيهِ وَجْهٌ ، يَلْزَمُهُ .

قوله : وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرِ مِنْهُ ، صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الَّذِي
أَمَرَهُ بِهِ أَوْ لَمْ تَكُنْ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ .
قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : فَظَاهَرُ الْأَحْتِمَالَيْنِ الصَّحَّةُ : قَالَ الْقَاضِي : وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
وَقِيلَ : إِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ ، صَحَّ ، وَإِلَّا فَلَا . قَالَ فِي

وإن قال : بعه بدرهم . فباعه بدينار ، صح ، في أحد الوجهين .

الشرح الكبير

في بيع شيء بثمن^(١) ، معين ، فباعه بأكثر منه ، صح ، قلت [١٤٠/٤] الزيادة أو كثرت . وكذلك إن أطلق ، فباعه بأكثر من ثمن المثل ؛ لأنه باع بالماذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره ، وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه ، كمن أذن في البيع بمائة درهم ، فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح بيعه بمائة وثوب ، في أحد الوجهين ؛ لأنه من غير جنس الأثمان . ولنا ، أنها زيادة تنفعه ولا تضره ، أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ، ولأن الإذن في بيعه بمائة إذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً ؛ لأن من رضى بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره ، ويصير كالموكل في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له .

٢٠٠٦ - مسألة : (وإن قال : بعه بدرهم . فباعه بدينار ، صح ، في أحد الوجهين) لأنه ماذون فيه عرفاً ، فإن من رضى بدرهم رضى مكانه ديناراً ، فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ودينار ، على ما ذكرنا في

الإصناف

« التلخيص » : قال القاضي : ويحتمل أن يتطّل في الزيادة من غير الجنس بحصته من الثمن .

قوله : وإن قال : بعه بدرهم . فباعه بدينار ، صح في أحد الوجهين . وهو المذهب . صححه في « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « التّظم » ، و « التّصحیح » ، و « القواعد الفقهية » . وجزم به في [١٥١ / ٢]

(١) سقط من : م .

المسألة قبلها . وقال القاضي : لا يصح . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه خالف موكله في الجنس ، أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً . فأما إن قال : بعه بمائة درهم . فباعه بمائة ثوب قيمتها أكثر من الدراهم ، أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً ، لم يصح . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها من غير^(١) الأثمان ، ولأنه لم يؤذن فيه لفظاً ولا عرفاً بخلاف بيعه بدينار .

فصل : فإن وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها ، أو وكله مطلقاً فباع بعضه بثلث الكل ، جاز ؛ لأنه مأذون فيه عرفاً ، فإن من رضى بمائة ثمناً للكل ، رضى بها ثمناً للبعض ، ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره . وله بيع النصف الآخر ؛ لأنه مأذون فيه ، فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه ، ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض ، فربما لا يختار بيع باقيه للغنى عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض . وهكذا لو وكله في بيع عبدتين بمائة فباع أحدهما بها ، صح ؛ لما ذكرنا . وهل له بيع الآخر ؟ على

« الوجيز » . وقدمه في « الشرح » ، و « الفائق » . والوجه الثاني ، لا يصح . الإنصاف . اختاره القاضي . وهو ظاهر ما قدمه في « المغنى » ، وظاهر ما قطع به ابن عبدوس في « تذكيره » . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « التلخيص » ، و « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويين » ، و « الكافي » .

(١) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ قَالَ : بَعَهُ بِالْفِ نَسَاءً . فَبَاعَهُ بِالْفِ حَالَةً ، صَحَّ ، إِنْ كَانَ لَا يَسْتَضِرُّ بِحِفْظِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِ .

الشرح الكبير وَجَهَيْنِ . فَأَمَّا إِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ بِمَائَةِ فَبَاعَ بَعْضَهُ بِأَقْلٍ مِنْهَا ، أَوْ وَكَّلَهُ مُطْلَقًا فَبَاعَ بَعْضَهُ بِدُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَصَحَّ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ فِيمَا إِذَا أُطْلِقَ الْوَكَالَةُ . بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ لِلْوَكِيلِ الْمُطْلَقِ الْبَيْعَ بِمَا شَاءَ . وَلَنَا ، أَنَّ عَلَى الْمُوَكَّلِ ضَرَرًا فِي تَبْعِيضِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ الْإِذْنُ فِيهِ نَظْقًا وَلَا عُرْفًا ، فَلَمْ يَجْزَ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَى بَعْضَهُ [١٤٠/٤ ط] .

٢٠٠٧ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ : بَعَهُ بِالْفِ نَسَاءً . فَبَاعَهُ بِالْفِ حَالَةً ، صَحَّ ، إِنْ كَانَ لَا يَسْتَضِرُّ بِحِفْظِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِ) إِذَا وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ سِلْعَةٍ نَسِيئَةً ، فَبَاعَهَا نَقْدًا بِدُونِ ثَمَنِهَا نَسِيئَةً ، أَوْ بِدُونِ مَا عَيْنَتْهُ لَهُ ، لَمْ يَنْفَذْ بَيْعَهُ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ مُوَكَّلَهُ ، لَكَوْنُهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِثَمَنِ النَّسِيئَةِ دُونَ

الإنصاف فائدة : لَوْ قَالَ : اشْتَرَاهُ بِمَائَةٍ ، وَلَا تَشْتَرِهِ بِخَمْسِينَ . صَحَّ شِرَاؤُهُ بِمَا بَيْنَهُمَا . وَكَذَا بِدُونِ الْخَمْسِينَ . عَلَى الصَّحِيحِ . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقِيلَ : لَا يَصَحُّ بِدُونِ الْخَمْسِينَ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْفُرُوع » .

قوله : وَإِنْ قَالَ : بَعَهُ بِالْفِ نَسَاءً ، فَبَاعَهُ بِالْفِ حَالَةً ، صَحَّ إِنْ كَانَ لَا يَسْتَضِرُّ بِحِفْظِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . صَحَّحَهُ فِي « الشَّرْح » ، وَ « النَّظْم » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيز » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَصِحُّ مُطْلَقًا مَا لَمْ يَنْهَهُ .

النقد . وإن باعها نقداً بمثل ثمنها نسيئة ، أو بما عينه من الثمن ، فقال القاضى : يصح ؛ لأنه زاده خيراً ، فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر منها^(١) . والأولى أن يُنظر^(٢) فيه ، فإن لم يكن له^(٣) غرض في النسيئة ، صح ؛ لما ذكرنا ، وإن كان له فيها غرض ، مثل أن يستضر بحفظ الثمن في الحال ، أو يخاف عليه من التلف أو المتعللين ، أو يتغير^(٤) حاله إلى وقت الحلول ، أو نحو ذلك ، فهو كمن لم يؤذن له ؛ لأن حكم الإذن لا يتناول المسكوت عنه ، إلا إذا علم أنه في المصلحة ، كالمنطوق أو أكثر ، فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المماثلة ، ومتى كان في المنطوق به غرض صحيح ، لم يجز تفويته ، ولا ثبوت الحكم في غيره ؛ وقد ذكر نحو هذا في موضع آخر .

وهو المذهب . اختاره القاضى . قال في « الفروع » ، و « المذهب » ، الإنصاف ، و « مسبوک الذهب » : صح في أصح الوجهين . قال ابن رزین في « نهایته » : صح في الأظهر . وقدمه في « الهداية » ، و « الخلاصة » ، و « المستوعب » ، و « التلخيص » . وقيل : لا يصح مطلقاً . وأطلقهن في « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، و « الفائق » ، ويأتى عكس هذه المسألة في كلام المصنف قريباً .

(١) في م : « من ثمنها » .

(٢) زيادة من : م .

(٣) بعده في م : « عن » .

(٤) (٤ - ٤) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بِأَكْثَرِ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، أَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِذُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

٢٠٠٨ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بِأَكْثَرِ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ أَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِذُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَصِحَّ) أَمَّا إِذَا وَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ مِمَّا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ ، ^(١) أَوْ أَكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ لَمْ يُوْذَنْ لَهُ فِي الشُّرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ ، فَهُوَ كَتَصَرُّفِ الْأَجْنَبِيِّ . وَأَمَّا إِذَا وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ بِثَمَنِ مُعَيَّنٍ ، فَبَاعَ بَعْضَهُ بِذُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَكَّلَهُ مُطْلَقًا ، فَبَاعَ بَعْضَهُ بِذُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَصِحَّ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَجُوزُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ لِلْوَكِيلِ الْمُطْلَقِ الْبَيْعَ بِمَا شَاءَ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَفِي التَّبْعِيضِ إِضْرَارٌ بِالْمُوَكَّلِ وَتَشْقِيقٌ لِمِلْكِهِ . فَإِنْ بَاعَ بَعْضَهُ بِثَمَنِ الْكُلِّ ، فِيمَا إِذَا عَيَّنَ لَهُ الثَّمَنَ ، أَوْ وَكَّلَهُ مُطْلَقًا فَبَاعَ بَعْضَهُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ لَجَمِيعِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرفًا ،

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشُّرَاءِ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بِأَكْثَرِ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « التَّلْخِصِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَالشَّارِحُ ، وَقَالَ : هُوَ كَتَصَرُّفِ الْأَجْنَبِيِّ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . قَالَ نَاطِمٌ « الْمُفْرَدَاتِ » .

(١) من هنا إلى آخر المسألة سقط من : م .

الشرح الكبير

فإنَّ مَنْ رَضِيَ مائةَ ثَمَنًا للكلِّ ، رَضِيَ بها ثَمَنًا للنَّصْفِ ، ولأنَّه حَصَلَ له المائةُ وأبْقِيَ له زِيادَةٌ تَنْفَعُهُ ولا تَضُرُّهُ . وله يَبِيعُ الباقي منه ؛ لأنَّه ما ذُوونُ في بَيْعِهِ ، فأشْبَهَ ما لو باع العَبْدُ كُلَّهُ بِمِثْلَى ثَمَنِهِ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ ؛ لأنَّه قد حَصَلَ للموَكَّلِ غَرَضُهُ مِنَ الثَّمَنِ بِبَيْعِ النَّصْفِ ، فربَّما لا يُؤَثِّرُ بَيْعُ باقيهِ ، لِلْغِنَى عن بَيْعِهِ بما حَصَلَ له مِنْ ثَمَنِ النَّصْفِ . وكذا لو وَكَّلَهُ في بَيْعِ عَبْدَيْنِ بِمائةٍ ، فباع أحدهما بها ، صَحَّ . وهل له يَبِيعُ الآخرَ ؟ على وَجْهَيْنِ .

الإنصاف

وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَصِحُّ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقَدَّمَهُ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » . وصَحَّحَهُ النَّاطِمُ . قال نَاطِمُ « الْمُفْرَدَاتِ » : هو المَنْصُوصُ ، وعليه الأكثرُ . انتهى . وذلك ؛ لأنَّ حُكْمَهُ حَكْمُ ما لو باع بِلَوْنٍ ثَمَنَ المِثْلِ ، أو بَانْقِصَ مِمَّا قَدَّرَهُ له . ذَكَرَهُ الأصحابُ . وتقدَّمُ هناك ، أنَّ المذهبَ صِحَّةُ البَيْعِ ، فكذا هنا ؛ لأنَّ المَنْصُوصَ في المَوْضِعَيْنِ الصَّحَّةُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . لَكِنَّ المَصْنُفَ قَدَّمَ هناك الصَّحَّةَ ، وقَدَّمَ هنا عَدَمَهَا ؛ فلذلك قال ابنُ مُنْجَى : الفرقُ بينَ المسأَلَتَيْنِ على ما ذَكَرَهُ المَصْنُفُ عَسِرٌ . انتهى . والذي يَظْهَرُ ، أنَّ المَصْنُفَ هناك إِنَّمَا قَدَّمَ تَبَعًا للأَصحابِ ، وإنَّ كانَ اختِيَارُهُ مُخَالَفًا له ، وهذا يَقَعُ له كثيرًا . وقَدَّمَ هنا نَظَرَ إلى ما اختارَهُ ، لا إلى الفرقِ بينَ المسأَلَتَيْنِ ، فإنَّ اختِيَارَهُ في المسأَلَتَيْنِ وَاحِدٌ ، والحُكْمُ عِنْدَهُ فِيهِمَا وَاحِدٌ . وأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ في المسأَلَتَيْنِ في « الْفُرُوعِ » . وظهرَ مِمَّا تقدَّمَ ، أنَّ للأَصحابِ في المسأَلَتَيْنِ طَرِيقَتَيْنِ ؛ التَّساوِي ، وهو الصَّحِيحُ . والصَّحَّةُ هناك ، وعَدَمُهَا هنا . وهى طَرِيقَتُهُ في « الْمُستَوْعِبِ » ، و « ابنِ رَزِينِ » ، وهو ظاهرُ كلامِ المَصْنُفِ هنا . وذكَّرَ الزَّرْكَشِيَّ فِيهِمَا ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ ؛ ثَالِثُهَا الْفَرْقُ ، وهو ما قاله المَصْنُفُ في هذا الْكِتَابِ .

فصل : وإن وَكَّلَهُ في بَيْعِ عَبِيدٍ أو شِرَائِهِمْ ، مَلَكَ الْعَقْدُ عَلَيْهِمْ جَمْلَةً واحدةً ، وواحدًا [١٤١/٤ و] واحدًا ؛ لأنَّ الإِذْنَ يتناولُ الْعَقْدُ عَلَيْهِمْ جَمْلَةً ، والعَرَفُ في بَيْعِهِمْ وشِرَائِهِمْ الْعَقْدُ على واحدٍ واحدٍ ، ولا ضَرَرَ في جَمْعِهِمْ ولا إِفْرَادِهِمْ ، بِخِلَافِ ما لو وَكَّلَهُ في شِرَاءِ عَبْدٍ فاشْتَرَى بَعْضَهُ ، فَإِنَّهُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ يُفْضَى إلى التَّشْقِيقِ ، وفيهِ إِضْرَارٌ بِالْمَوْكَلِّ . فإن قال : اشْتَرَى عَبِيدًا صَفْقَةً واحدةً . أو : واحدًا واحدًا . أو : بَعْضَهُمْ ^(١) . لم يَجْزُ مَخَالَفَتُهُ ؛ لأنَّ تَنْصِيبَهُ على ذلك يَدُلُّ على غَرَضِهِ فِيهِ ، فلم يَتَنَاولْ إِذْنَهُ سِوَاهُ . وإن قال : اشْتَرَى عِبْدَيْنِ صَفْقَةً . فاشْتَرَى عِبْدَيْنِ لِاثْنَيْنِ شَرِكَةً بَيْنَهُمَا مِنْ وَكَيْلِهِمَا ^(٢) ، أو مِنْ أَحَدِهِمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ ، جاز . وإن كان لكل واحدٍ مِنْهُمَا ^(٣) عَبْدٌ مُفْرَدٌ ، فاشْتَرَى مِنَ المَالِكَيْنِ بأنَّ أَوْجِبَا لَهُ

قوله : أو وَكَّلَهُ في بَيْعِ شَيْءٍ ، فَباعَ نِصْفَهُ بَدُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لم يَصِحَّ . إذا وَكَّلَهُ في بَيْعِ شَيْءٍ ، فَباعَ بَعْضَهُ ، فلا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَبِيعَ الْبَعْضَ بِثَمَنِ الْكُلِّ ، أو لا ، فَإِنْ باعَهُ بِثَمَنِ كُلِّهِ ، صَحَّ . على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، وهو ظاهِرُ كَلامِ الْمُصَنِّفِ هنا . جَزَمَ بِهِ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « الْحَاوِثَيْنِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، و « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ في « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لا يَصِحُّ . قَلَّمَهُ في « الْفَاتِقِ » . وهو ظاهِرُ ما قَطَعَ بِهِ في « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَظَاهِرُ ما قَدَّمَهُ في

(١) بعده في م : « لى » .

(٢) في ١ ، م : « وكيلاهما » .

(٣) سقط من : م .

الْبَيْعَ فِيهِمَا وَقَبِلَ ذَلِكَ مِنْهُمَا بَلْفَظٍ وَاحِدٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَلْزَمُ الْمُوَكَّلَ .
 وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
 يَلْزَمَهُ ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ هُوَ الشُّرَاءُ ، وَهُوَ مُتَّحِدٌ وَالْعَرَضُ لَا يَخْتَلِفُ . وَإِنْ
 اشْتَرَاهُمَا مِنْ وَكَيْلِهِمَا ^(١) ، وَعَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ :
 بَعْتُكَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، هَذَا بِمِائَةٍ وَهَذَا بِثَمَانَيْنِ . فَقَالَ : قِيلَتْ . احْتَمَلَ
 أَيْضًا وَجْهَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنِ الثَّمَنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لَجَهَالَةِ
 الثَّمَنِ . وَفِيهِ وَجْهٌ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَيُقَسَّطُ ^(٢) الثَّمَنُ عَلَى قَدْرِ قِيمَتِهِمَا . وَقَدْ
 ذَكَرَ ذَلِكَ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ «النَّظْمِ» ، وَغَيْرِهِمْ . قُلْتُ : وَهَذَا الْقَوْلُ ضَعِيفٌ . فَعَلَى
 الْمَذْهَبِ ، يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الْبَاقِي . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى» ،
 وَ «الشَّرْحِ» ، وَ «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْحَاوِيَيْنِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي
 «الْفُرُوعِ» ، وَ «الْفَائِقِ» . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ . وَإِنْ بَاعَ الْبَعْضُ بَدُونِ ثَمَنِ
 الْكُلِّ ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَبِيعَ الْبَاقِي ، أَوْ لَا ؛ فَإِنْ بَاعَ الْبَاقِي ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَإِلَّا
 لَمْ يَصِحَّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ فِيهِمَا . قَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» . وَجَزَمَ بِهِ فِي
 «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَقَالَ : نَصٌّ عَلَيْهِ . قَالَ فِي «التَّلْخِصِ» : وَالَّذِي نَقَلَهُ
 الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِذَا لَمْ يَبِيعَ الْبَاقِي ؛ دَفْعًا لَصَرَرِ الْمُشَارَكَةِ بِمَا بَقِيَ .
 وَقَوْلُهُمْ : إِذَا لَمْ يَبِيعَ الْبَاقِي . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ يَنْقَلِبُ صَاحِبًا . وَفِيهِ عِنْدِي
 نَظَرٌ . انْتَهَى . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ مُطْلَقًا . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَطَعَ بِهِ فِي «الْهَدَايَةِ» ،
 وَ «الْمُذْهَبِ» ، وَ «الْخُلَاصَةِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى» .

(١) فِي م : «وَكَيْلِهِمَا» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «يَسْقُطُ» .

المقنع وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِمَا قَدَّرَهُ لَهُ مُوَجَّلًا ، أَوْ قَالَ : اشْتَرِ لِي شَاةً بِدِينَارٍ .

الشرح الكبير

٢٠٠٩ - مسألة : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ نَقْدًا بِثَمَنِ مُعَيَّنٍ ، فاشْتَرَاهُ بِهِ مُوَجَّلًا ، صَحَّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ بِمِائَةٍ ، فاشْتَرَى بِدُونِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْظَرَ فِي ذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ نَحْوُ (١) أَنْ يَسْتَضَرَّ بَبَقَاءِ الثَّمَنِ مَعَهُ وَنَحْوَ ذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي صِحَّةِ الشِّرَاءِ وَجْهَانِ .

٢٠١٠ - مسألة : وَإِنْ (قَالَ : اشْتَرِ لِي شَاةً بِدِينَارٍ . فاشْتَرَى)

الإنصاف

تَنْبِيهِ : يُسْتَنْتَى مِنْ مَحَلِّ الْخِلَافِ فِيمَا تَقَدَّمَ ، وَمِنْ عُمُومِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبِيدٍ ، أَوْ صُبْرَةٍ ، وَنَحْوِهَا ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ كُلِّ عَبْدٍ مُنْفَرِدًا ، وَبَيْعُ الْجَمِيعِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، [١٥٢/٢] وَبَيْعُ بَعْضِ الصُّبْرَةِ مُنْفَرِدَةً ، وَبَيْعُهَا كُلِّهَا جُمْلَةً وَاحِدَةً . قَالَه الْأَصْحَابُ ، إِنْ لَمْ يَأْمُرْهُ بَبَيْعِهَا صَفْقَةً وَاحِدَةً .

تَنْبِيهِ : قَوْلِي عَنْ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ : بِدُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ . هُوَ فِي بَعْضِ النُّسخِ ، وَعَلَيْهَا شَرَحَ الشَّارِحُ . وَفِي بَعْضِهَا ، بِإِسْقَاطِهَا ، تَبَعًا لِأَيِّ الْخَطَّابِ ، وَعَلَيْهَا شَرَحَ ابْنُ مُنَجَّى ، لَكِنْ قَيَّدَهَا بِذَلِكَ مِنْ كَلَامِهِ فِي « الْمُعْنَى » .

قَوْلُهُ : وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِمَا قَدَّرَهُ لَهُ مُوَجَّلًا ، صَحَّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : صَحَّ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِيَيْنِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ إِنْ حَصَلَ ضَرَرٌ ، وَإِلَّا صَحَّ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَجُوزُ » .

فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ تَسَاوَى إِحْدَاهُمَا دِينَارًا ، أَوْ اشْتَرَى شَاةً تَسَاوَى
دِينَارًا بِأَقْلٍ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير له (شَاتَيْنِ تَسَاوَى إِحْدَاهُمَا دِينَارًا ، أَوْ اشْتَرَى) له (شَاةٌ تَسَاوَى دِينَارًا بِأَقْلٍ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَاةٍ بِدِينَارٍ ، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ تَسَاوَى كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَقْلٌ مِنْ دِينَارٍ ، لَمْ يَقَعْ لِلْمُوكَّلِ . وَإِنْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تَسَاوَى دِينَارًا ، أَوْ إِحْدَاهُمَا تَسَاوَى دِينَارًا وَالْأُخْرَى أَقْلٌ مِنْهُ ، صَحَّ وَلَزِمَ الْمُوكَّلُ . وَهَذَا الْمَشْهُورُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَقَعُ لِلْمُوكَّلِ إِحْدَى الشَّاتَيْنِ بِنِصْفِ دِينَارٍ وَالْأُخْرَى لِلْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ إِلَّا ^(١) بِالْإِزَامَةِ عُهْدَةَ شَاةٍ وَاحِدَةٍ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى عُرْوَةَ بِنَ الْجَعْدِ الْبَارِقِ دِينَارًا ، فَقَالَ : « اشْتَرِ لَنَا بِهِ شَاةً » قَالَ : فَاتَّيْتُ [١٤١/٤ ظ] الْجَلَبَ ، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أُسَوِّقُهُمَا - أَوْ أَقْوَدُهُمَا - فَلَقِيتُنِي رَجُلٌ فِي الطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِي ، فَبِعتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ ، فَاتَّيْتُ النَّبِيَّ ﷺ بِالْدِينَارِ وَبِالشَّاةِ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا دِينَارُكُمْ وَهَذِهِ شَاتُكُمْ . فَقَالَ : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » فَحَدَّثْتُهُ

وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . فَلَاؤُلُ ضَعِيفٌ . وَأُطْلِقُهُمَا فِي الْإِنْصَافِ
« الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

قوله : وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِي شَاةً بِدِينَارٍ ، فَاشْتَرَى لَهُ شَاتَيْنِ تَسَاوَى إِحْدَاهُمَا دِينَارًا ، أَوْ اشْتَرَى شَاةً تَسَاوَى دِينَارًا بِأَقْلٍ مِنْهُ ، صَحَّ - وَكَانَ لِلْمُوكَّلِ - وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ .

(١) سقط من : م .

الحديث ، قال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ »^(١) ولأنه حَصَلَ لَهُ^(٢) المأذُونُ فِيهِ وَزِيَادَةٌ مِنْ جِنْسِهِ تَنْفَعُ وَلَا تَضُرُّ ، فَوَقَعَ ذَلِكَ لَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعَهُ بِدِينَارٍ . فَبَاعَهُ بِدِينَارَيْنِ ، وَمَا ذَكَرَهُ يَنْطَلُ بِالْبَيْعِ . فَإِنْ بَاعَ الْوَكِيلُ إِحْدَى الشَّائَتَيْنِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَالَ مُوَكَّلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ الشَّائَتَيْنِ . وَالثَّانِي ، إِنْ كَانَتِ الْبَاقِيَةُ تُسَاوِي دِينَارًا ، جَاز ؛ لِحَدِيثِ عُرْوَةَ ،^(٣) وَلِأَنَّهُ^(٤) حَصَلَ لَهُ الْمَقْصُودُ ، وَالزِّيَادَةُ لَوْ كَانَتْ غَيْرَ الشَّاقِ ، جَاز ، فَجَازَ لَهُ إِبْدَالُهَا بِغَيْرِهَا . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ بِحَدِيثِ عُرْوَةَ وَذَهَبَ إِلَيْهِ . وَإِذَا قُلْنَا : لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الشَّاقِ . فَبَاعَهَا ، فَهَلْ يَنْطَلُ الْبَيْعُ ، أَوْ يَصِحُّ وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَهَذَا أَصْلٌ لِكُلِّ تَصَرُّفٍ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَوَكِيلٍ خَالَفَ مُوَكَّلَهُ ، فِيهِ الرَّوَايَتَانِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي صِحَّةِ^(٥) الْبَيْعِ هَهُنَا^(٥) وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

يعْنِي ، وَإِنْ لَمْ تُسَاوِ إِحْدَاهُمَا دِينَارًا ، لَمْ يَصِحَّ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ بِلَا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِي « الْمُنْهَجِ » رِوَايَةٌ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، أَنَّهُ كُفِّضُوا^(٦) . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : إِنْ سَاوَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفَ دِينَارٍ ، صَحَّ لِلْمُوَكَّلِ لَا لِلْوَكِيلِ ، وَإِنْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَا تُسَاوِي نِصْفَ دِينَارٍ ، فَرِوَايَتَانِ ؛

الإنصاف

(١) تقدم تخريجه في ٥٦/١١ .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) في الأصل : « ولا » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ر ، ق : « كهنا » .

فصل : وإذا وُكِّلَ في شراء عبدٍ مُعَيَّنٍ بمائة ، فاشترَاهُ بما دُونَهَا ، صَحَّ ، وَلَزِمَ الْمُوَكَّلُ ؛ لِأَنَّهُ مَادُونٌ فِيهِ عُرْفًا . وَإِنْ قَالَ : لَا تَشْتَرِهِ بِدُونِ الْمِائَةِ . فَخَالَفَهُ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ نَصَّهُ ، وَصَرِيحُ قَوْلِهِ مُقَدَّمٌ عَلَى دَلَالَةِ الْعُرْفِ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِهِ بِمِائَةٍ ، وَلَا تَشْتَرِهِ بِخَمْسِينَ . جَازَ لَهُ شِرَاؤُهُ بِمَا فَوْقَ الْخَمْسِينَ ؛ لِأَنَّ إِذْنَهُ فِي الشِّرَاءِ بِمِائَةٍ دَلٌّ عُرْفًا عَلَى الشِّرَاءِ بِمَا دُونَهَا ، خَرَجَ مِنْهُ الْخَمْسُونَ بِصَرِيحِ النَّهْيِ ، بَقِيَ فِيمَا فَوْقَهَا عَلَى مُقْتَضَى الْإِذْنِ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بِمَا دُونَ الْخَمْسِينَ ، جَازَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يُخَالَفْ صَرِيحَ نَهْيِهِ ، أَشْبَهَ مَا زَادَ عَلَيْهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ نَهَاها عَنْ الْخَمْسِينَ اسْتِقْلَالًا لَهَا ، فَكَانَ تَنْبِيْهَا عَلَى النَّهْيِ عَمَّا دُونَهَا ، كَمَا أَنَّ الْإِذْنَ فِي الشِّرَاءِ بِمِائَةٍ إِذْنٌ فِيمَا دُونَهَا ، فَجَرَى ذَلِكَ ^(١) مَجْرَى صَرِيحِ نَهْيِهِ ،

إِحْدَاهُمَا ، يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَكَّلِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، « الْحَاوِيَتَيْنِ » : وَقِيلَ : الزَّائِدُ عَلَى الثَّمَنِ وَالْمُتَمِّنُّ الْمُقَدَّرَيْنِ لِلْوَكِيلِ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبِ ، لَوْ بَاعَ إِحْدَى الشَّائِنَتَيْنِ بغيرِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ ، فَقِيلَ : يَصِحُّ إِنْ كَانَتْ الْبَاقِيَةُ تُسَاوِي دِينَارًا ؛ لِحَدِيثِ عُرْوَةَ ^(٢) . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ بِحَدِيثِ عُرْوَةَ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ مُطْلَقًا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » . وَقِيلَ : يَصِحُّ مُطْلَقًا . ذَكَرَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » وَقَدَّمَهُ . وَقَالَ

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في : ٥٦/١١ .

فَإِنْ تَبَيَّنَ الْكَلَامُ كَنْصِهِ . فَإِنْ قَالَ : اشْتَرَاهُ بِمِائَةِ دِينَارٍ . فَاشْتَرَاهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَالَ : بَعَاهُ بِدِرْهَمٍ . فَبَاعَهُ بِدِينَارٍ ، عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي نِصْفَهُ بِمِائَةٍ . فَاشْتَرَاهُ كُلَّهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِهِ بِمِائَةٍ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرفًا . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي نِصْفَهُ بِمِائَةٍ وَلَا تَشْتَرِهِ جَمِيعَهُ . فَاشْتَرَى أَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ وَأَقَلَّ مِنَ الْكُلِّ بِمِائَةٍ ، صَحَّ فِي قِيَاسِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ؛ لَكَوْنِ دَلَالَةِ الْعُرفِ قَاضِيَةً بِالْإِذْنِ فِي شِرَاءِ كُلِّ مَا زَادَ عَلَى النِّصْفِ ، خَرَجَ الْجَمِيعُ بِصَرِيحِ [١٤٢/٤] نَهْيِهِ ، فَمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى مُقْتَضَى الْإِذْنِ .

فصل : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ مَوْصُوفٍ بِمِائَةٍ ، فَاشْتَرَاهُ عَلَى الصِّفَةِ بِدُونِهَا ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ عُرفًا . وَإِنْ خَالَفَ فِي الصِّفَةِ ، أَوْ اشْتَرَاهُ بِأَكْثَرِ مِنْهَا ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلَ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي عَبْدًا بِمِائَةٍ ، فَاشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِي مِائَةً بِدُونِهَا ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَاهُ بِمِائَةٍ جَازٌ ، فَإِذَا اشْتَرَاهُ بِدُونِهَا فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا ، فَيَجُوزُ . وَإِنْ كَانَ لَا يُسَاوِي مِائَةً ، لَمْ يَجُزْ وَإِنْ سَاوَى أَكْثَرَ مِمَّا اشْتَرَاهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَهُ ، وَلَمْ يُحْصِلْ غَرْضَهُ .

فِي « الْفَائِدَةِ الْعِشْرِينَ » : لَوْ بَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدُونِ إِذْنِهِ ، ففِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُخْرِجُ عَلَى تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ .

وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءٌ مَعِيبٍ ، فَإِنْ وَجَدَ بِمَا اشْتَرَى عَيْبًا ، فَلَهُ الرَّدُّ .
المنع

٢٠١١ - مسألة : (وليس له شراء معيب ، فإن وجد بما اشتراه عيبًا ، فله رده) إذا وكله في شراء سلعة موصوفة ، لم يجز أن يشتريها^(١) إلا سليمة^(٢) ؛ لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة ، ولذلك جاز له الرد بالعيب . فإن اشترى معيبًا يعلم عيبه ، لم يلزم الموكل ؛ لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه . وإن لم يعلم ، صح البيع ؛ لأنه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر ، لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه ، فإذا علم عيبه ، ملك رده ؛ لأنه قائم مقام الموكل ، وللموكل رده أيضًا ؛ لأنه

قوله : وليس له شراء معيب . بلا نزاع . فإن فعل ، فلا يخلو ؛ إما أن يكون جاهلاً أو عالمًا ، فإن كان جاهلاً به فيأتي . وإن كان عالمًا ، لزم الوكيل ما لم يرخص الموكل ، وليس له ولا لموكله رده . وإن اشترى بعين المال ، فكشراء فضولي . وهذا المذهب في ذلك كله ، وعليه الأصحاب . وقال الأزجي : إن اشتراه مع علمه بالعيب ، فهل يقع عن الموكل ؛ لأن العيب إنما يخاف منه نقص المالية - فإذا كان مساويًا للثمن ، فالظاهر ، أنه يرضى به - أم لا يقع عن الموكل ؟ فيه وجهان .

قوله : وإن وجد بما اشترى عيبًا ، فله الرد . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، ولم يضمنه . وقال الأزجي : إن جهل عيبه ، وقد اشترى بعين المال ، فهل يقع عن الموكل ؟ فيه خلاف . انتهى . وله رده وأخذ سليم بدله ، إذا لم يعينه الموكل ، على ما يأتي قريبًا .

(١) في م : « يشتري بها » .

(٢) بعده في م : « من العيوب » .

المقنع **فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : مُوَكَّلْتُكَ قَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ**

الشرح الكبير **مَلَكَهُ . فَإِنْ حَضَرَ قَبْلَ رَدِّ الْوَكِيلِ ^(١) ، وَرَضِيَ بِالْعَيْبِ ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، بِخِلَافِ الْمُضَارِبِ ، فَإِنَّ لَهُ الرَّدَّ وَإِنْ رَضِيَ رَبُّ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فَلَا يَسْقُطُ بِرِضَا غَيْرِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ ، فَأَرَادَ الْوَكِيلُ الرَّدَّ ، فَقَالَ لَهُ الْبَائِعُ : تَوَقَّفْ حَتَّى يَحْضُرَ الْمُوَكَّلُ ، فَرُبَّمَا رَضِيَ بِالْعَيْبِ . لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ قَوَاتِ الرَّدِّ بِهَرَبِ الْبَائِعِ ، وَقَوَاتِ الثَّمَنِ بِتَلَفِهِ ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ بِنَاءً عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، فَلَمْ يَرْضَ بِهِ الْمُوَكَّلُ ، فَلَهُ الرَّدُّ ، وَإِنْ قُلْنَا : الرَّدُّ عَلَى الْفَوْرِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ فِيهِ . وَإِنْ رَضِيَ الْمُوَكَّلُ سَقَطَ الرَّدُّ .**

٢٠١٢ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : مُوَكَّلْتُكَ قَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ .

الإيناص **فَانْدَقَانُ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ أَسْقَطَ الْوَكِيلُ خِيَارَهُ ، فَحَضَرَ مُوَكَّلُهُ ، فَرَضِيَ بِهِ ، لَزِمَهُ ، وَإِلَّا فَلَهُ رَدُّهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ^(٢) : وَلَهُ رَدُّهُ عَلَى وَجْهِ . الثَّانِيَةِ ، لَوْ ظَهَرَ بِهِ عَيْبٌ ، وَأَنْكَرَ الْبَائِعُ أَنَّ الشَّرَاءَ وَقَعَ لِلْمُوَكَّلِ ، لَزِمَ الْوَكِيلَ ، وَلَيْسَ لَهُ رَدُّهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ ، وَلَهُ أَرْضُهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ مِنَ الْبَائِعِ ، لَزِمَ الْوَكِيلَ .**

قوله : فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : مُوَكَّلْتُكَ قَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مع يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَوَكَّلُ » .

(٢) انظر : الْمُعْنَى ٧ / ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . فَإِنْ رَدَّهُ ، فَصَدَّقَ الْمُوَكَّلُ الْبَائِعَ فِي
الرِّضَا بِالْعَيْبِ ، فَهَلْ يَصِحُّ الرَّدُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير ، فالتمول قول الوكيل مع يمينه أنه لا يعلم ذلك (لأن الأصل عدم الرضا ،
فلا يقبل قوله إلا بيينة ، فإن لم يقم بيينة لم يستحلف الوكيل ، إلا أن يدعى
علمه ، فيحلف على نفى العلم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة في
رواية : لا يستحلف ؛ لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين . وليس
بصحيح ؛ فإنه لا نيابة ههنا ، فإنه إنما يحلف على نفى علمه ، وهذا لا
يتوب فيه عن أحد . ولو اشترى المضارب معييا ، صح ؛ لأن المقصود
منها الربح ، وهو يحصل مع العيب ، بخلاف الوكيل ، فإنه قد يكون
غرض الموكل القنية والانتفاع ، والعيب يمنع بعض ذلك .

[١٤٢/٤ ظ] ٢٠١٣ - مسألة : (فإن رده ، فصدق الموكل البائع
في الرضا بالعيب ، فهل يصح الرد ؟ على وجهين) أحدهما ، لا يصح ،

« الفروع » وغيره . وقيل : يقف الأمر على حلف موكله ، وللحاكم إلزامه حتى
يخضر موكله .

فائدتان ؛ إحداهما ، مثل ذلك خلافا ومذهبا ، قول غريم لوكيل غائب ،
في قبض حقه : أبرأني موكلك . أو قبضه . ويحكم عليه بيينة إن حكم على غائب .
الثانية ، لو ادعى الغريم أن الموكل عزل الوكيل في قضاء الدين ، أو ادعى موت
الموكل ، حلف الوكيل على نفى العلم ، في أصح الوجهين . وقدمه في
« الرعايتين » ، و « الحاويين » . وقيل : يقبل قوله من غير يمين .

قوله : فإن رده ، فصدق الموكل البائع في الرضا بالعيب ، فهل يصح الرد ؟

واللْمُوَكَّلِ اسْتِرْجَاعُهُ ، وَلِلْبَائِعِ رَدُّهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ رِضَاهُ بِهِ عَزْلٌ لِلْوَكِيلِ
عَنِ الرَّدِّ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ عَلِمَهُ^(١) ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ الرَّدُّ ،
بِنَاءً عَلَى أَنَّ^(٢) الْوَكِيلَ لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْعَزْلِ . فَإِنْ رَضِيَ الْوَكِيلُ
الْمَعِيبَ ، أَوْ أَمْسَكَهُ إِمْسَاكَ يَنْقَطِعُ بِهِ الرَّدُّ ، فَحَضَرَ الْمُوَكَّلُ فَأَرَادَ الرَّدُّ ،
فَلَهُ ذَلِكَ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ إِنْ صَدَّقَ الْبَائِعُ الْمُوَكَّلَ أَنَّ الشِّرَاءَ لَهُ ، أَوْ قَامَتْ
بِهِ بَيِّنَةٌ ، وَإِنْ كَذَبَهُ وَلَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فَحَلَفَ الْبَائِعُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ^(٣) الشِّرَاءَ
لَهُ ، فَلَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فَهُوَ لَهُ ، وَيَلْزَمُ الْوَكِيلَ ؛
وَعَلَيْهِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
لِلْوَكِيلِ شِرَاءُ الْمَعِيبِ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ فِي الْبَيْعِ مُطْلَقًا يَدْخُلُ الْمَعِيبُ فِي
إِطْلَاقِهِ ، وَلِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي الشِّرَاءِ فَجَازَ لَهُ ذَلِكَ ، كَالْمُضَارِبِ . وَلَنَا ، أَنَّ
الْبَيْعَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي الصَّحِيحَ دُونَ الْمَعِيبِ ، فَكَذَلِكَ الْوَكَالَةُ فِيهِ ،
وَيُفَارِقُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا الرِّبْحُ ، وَهُوَ يَحْصُلُ مِنْ

الْإِنْصَافِ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ،
وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«التَّلْخِصِ» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«شَرْحِ ابْنِ
مُنَجَّى» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ الرَّدُّ ، وَهُوَ بَاقٍ
لِلْمُوَكَّلِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي «التَّضْحِيحِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَتَيْنِ» ،
وَ«الْحَاوِيَتَيْنِ» ، وَ«الْمُعْنَى» . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، فَيَجِدُّ الْمُوَكَّلُ الْعَقْدَ .
صَحَّحَهُ فِي «النَّظْمِ» . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ :

(١) فِي الْأَصْلِ : «أَعْلَمَهُ» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَأَنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ مُعَيَّنٍ ، فَاشْتَرَاهُ [١٢١ ط] ، وَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، ^{المقنع} فَهَلْ لَهُ رَدُّهُ قَبْلَ إِعْلَامِ الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى وَجْهِينِ .

المعيب كحصوله من الصحيح ، بخلاف الوكالة ، فإنه قد يكون ^{الشرح الكبير} المقصود بها القنية ، أو يدفع بها حاجة يكون المعيب مايعا منها ، فلا يحصل المقصود . وقد ناقض أبو حنيفة قوله ؛ فإنه قال في قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(١) : لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل . وقال ههنا : يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعدر ومقطوع اليدين والرجلين .

٢٠١٤ - مسألة : (وإن وكَّله في شراءٍ مُعَيَّنٍ ، فاشتراه فوجده معيًّا ، فهل له رَدُّهُ قَبْلَ إِعْلَامِ الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى وَجْهِينِ) أحدهما ، له الرُّدُّ ؛

يَصِحُّ الرُّدُّ ، بِنَاءً ^(٢) عَلَى أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَتَعَزَّلُ قَبْلَ عِلْمِهِ . وقال أبو المعالي في ^{الإنصاف} « النَّهْيَةِ » : يَطْرُدُ رَوَاتَانِ مَنْصُوصَتَانِ [١٥٢/٢ ط] فِي اسْتِيفَاءِ حَدٍّ وَقَوْدٍ وَغَيْرِهِمَا مِنَ الْحَقُوقِ ، ^(٣) مَعَ غِيْبَةِ الْمُوَكَّلِ ، وَحُضُورِ وَكِيلِهِ ^(٤) . وَحَاكُمَا غَيْرُهُ فِي حَدٍّ وَقَوْدٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

فائدة : رَضِيَ الْمُوَكَّلُ الْغَائِبِ بِالْمَعِيْبِ عَزَلَ لَوْكِيلَهُ عَنْ رَدِّهِ .

قوله : وإن وكَّله في شراءٍ مُعَيَّنٍ ، فاشتراه ، ووجده معيًّا ، فهل له الرُّدُّ قبل إعلَامِ الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى وَجْهِينِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْهَبِ » ،

(١) سورة المجادلة ٣ .

(٢) زيادة من : ١ .

(٣-٣) في الأصل ، ط : « وَمَعَ غِيْبَةِ الْمُوَكَّلِ وَحُضُورِ » .

لأنَّ الأمرَ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ ، أَشْبَهَ ما لو وَكَّلَهُ في شِرَاءِ مَوْصُوفَةٍ . والثَّانِي ، لا يَمْلِكُهُ ؛ لأنَّ الْمُوَكَّلَ قَطَعَ نَظَرَهُ بِالتَّعْيِينِ ، فَرُبَّمَا رَضِيَهِ عَلَى جَمِيعِ صِفَاتِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ الرَّدُّ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ غَيْرِ الْمُعَيَّنِ . وَإِنْ عَلِمَ عَيْنَهُ قَبْلَ شِرَائِهِ ، فَهَلْ لَهُ شِرَاؤُهُ ؟ يَحْتَمِلُ^(١) وَجْهَيْنِ مَبْنِيَيْنِ عَلَى رَدِّهِ إِذَا عَلِمَ عَيْنَهُ بَعْدَ شِرَائِهِ ، إِنْ قُلْنَا : لَهُ رَدُّهُ . فَلَيْسَ لَهُ شِرَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ إِذَا جازِ الرَّدُّ بِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَا^(٢) يَمْنَعُ مِنَ الشِّرَاءِ أُولَى . وَإِنْ قُلْنَا : لا يَمْلِكُ الرَّدُّ ثُمَّ^(٣) . فَلَهُ الشِّرَاءُ هُنَا ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ الْمُوَكَّلِ قَطَعَ نَظَرَهُ وَاجْتِهَادَهُ فِي جَوَازِ الرَّدِّ ، فَكَذَلِكَ فِي الشِّرَاءِ .

الشرح الكبير

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَائِقِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « الْبُلْعَةِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الرَّدُّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، و « تَصْحِيحِ الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : هَذَا أُولَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . فَلَوْ عَلِمَ عَيْنَهُ قَبْلَ شِرَائِهِ ، فَهَلْ لَهُ شِرَاؤُهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَانِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ اللَّذَيْنِ قَبْلَهُمَا ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ الرَّدُّ فِي الْأُولَى . فَلَيْسَ لَهُ شِرَاؤُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لا يَمْلِكُ هُنَاكَ . فَلَهُ الشِّرَاءُ هُنَا . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَإِنْ مَلَكَه ، فَلَهُ شِرَاؤُهُ إِنْ عَلِمَ عَيْنَهُ قَبْلَهُ . وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا قَالَاهُ . وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ إِذَا لم

الإنصاف

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فَلَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ق ، ر ، ١ .

وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَى لِي بَعِينَ هَذَا الثَّمَنِ . فَاشْتَرَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلُ .

٢٠١٥ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ : اشْتَرَى لِي بَعِينَ هَذَا الثَّمَنِ . فَاشْتَرَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلُ) وَجَمَلُهُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَ وَقَالَ : اشْتَرِ لِي بِهِذِهِ عَبْدًا . كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بَعِينَهَا فِي الذِّمَّةِ ؛ لِأَنَّ الشِّرَاءَ يَقَعُ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ [١٤٣/٤] فَإِذَا أُطْلِقَ كَانَ لَهُ فِعْلُ مَا شَاءَ مِنْهُمَا . فَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ بَعِينَهَا . فَاشْتَرَاهُ فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَهَا ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَعَيَّنَ الثَّمَنُ ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ بَتَلَفِهِ ، أَوْ كَوْنِهِ مَعْصُوبًا ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ ثَمَنٌ فِي ذِمَّتِهِ ، وَهَذَا غَرَضٌ صَحِيحٌ لِلْمُوَكَّلِ ، فَلَمْ يَجُزْ مُخَالَفَتُهُ ، وَيَقَعُ الشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ . وَهَلْ يَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ .

يَكُنْ مُعَيَّنًا ، أَنَّ لَهُ الرَّدَّ وَأَخَذَ بَدْلَهُ مِنْ غَيْرِ إِعْلَامِ الْمُوَكَّلِ .

قوله : وَإِنْ قَالَ لَهُ : اشْتَرِ لِي بَعِينَ هَذَا الثَّمَنِ . فَاشْتَرَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلُ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، إِنَّ أَجَازَةَ الْمُوَكَّلِ ، لَزِمَتْهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَعَلَى كُلِّ قَوْلٍ ، الْبَيْعُ صَحِيحٌ ، وَحَيْثُ لَمْ يَلْزَمْ الْمُوَكَّلُ ، لَزِمَ الْوَكِيلُ . فَائِدَةٌ : لَوْ قَالَ : اشْتَرِ لِي بِهِذِهِ الدَّرَاهِمَ كَذَا . وَلَمْ يَقُلْ : بَعِينَهَا . جَازَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَبَعِينَهَا . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْفُرُوع » ، وَغَيْرِهِمْ . فَلَيْسَ لَهُ الْعَقْدُ مَعَ فَقِيرٍ ، وَقَاطِعَ طَرِيقٍ ، إِلَّا بِأَمْرِهِ . نَقَلَهُ الْأَثَرُ .

المقنع وإن قال : اشترى لى فى ذمتك ، وانقذ الثمن . فاشترى بعينه ، صح .

الشرح الكبير ٢٠١٦ - مسألة : (فإن قال : اشترى لى فى ذمتك ، وانقذ الثمن . فاشترى بعينه ، صح) ولزم الموكل . ذكره أصحابنا ؛ لأنه أذن له فى عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها ، فكان إذنا فى عقد لا يلزمه الثمن إلا مع^(١) بقائها . ويحتمل أن لا يصح ؛ لأنه قد يكون له غرض فى الشراء بغير عينها ؛ لشبهة فيها^(٢) لا يجب^(٣) أن يشتري بها ، أو يختار وقوع عقد لا ينفسخ بتلفها^(٤) ، ولا يطل بتحريمها ، وهذا غرض صحيح ، فلا يجوز تفويته^(٥) عليه ، كما لم يجز تفويت غرضه فى الصورة الأولى . ومذهب الشافعى فى هذا كله على نحو ما ذكرنا .

الإيضاح قوله : وإن قال : اشترى لى فى ذمتك وانقذ الثمن . فاشترى بعينه ، صح . هذا المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : ذكره أصحابنا . وجزم به فى « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، وغيرهم . وجزم به فى « الوجيز » ، وقال : إن لم يكن للموكل غرض . وقدمه فى « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويتين » ، وغيرهم . وقيل : لا يصح . وهو احتمال فى « المغنى » ،

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « فيما » .

(٣) فى م : « لا يجب » .

(٤) الأصل : « بتلفها » .

(٥) فى م : « توفيته » .

وَأَنَّ أَمْرَهُ بَيْعُهُ فِي سُوقِ بَثْمَنِ ، فَبَاعَهُ بِهِ فِي آخَرَ ، صَحَّ . وَإِنْ الْمُنْعَى
قَالَ : بَعْهُ لَزِيدٍ . فَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ .

٢٠١٧ - مسألة : (وَإِنْ أَمْرَهُ بَيْعُهُ فِي سُوقِ بَثْمَنِ ، فَبَاعَهُ بِهِ فِي
آخَرَ ، صَحَّ . وَإِنْ قَالَ : بَعْهُ مِنْ زَيْدٍ . فَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ) وَجُمْلَةُ
ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَمْلِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ إِلَّا مَا يَقْتَضِيهِ إِذْنُ مُوَكَّلِهِ مِنْ جِهَةِ
النُّطْقِ أَوِ الْعُرْفِ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ بِالْإِذْنِ ، فَاخْتَصَّ بِمَا أَذِنَ فِيهِ ، وَالْإِذْنُ يُعْرَفُ
بِالنُّطْقِ تَارَةً وَبِالْعُرْفِ أُخْرَى . وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلًا فِي التَّصَرُّفِ فِي زَمَنِ مُقَيَّدٍ ،

و « الشَّرْح » ، وَمَالًا إِلَيْهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَقِيلَ : إِنْ رَضِيَ بِهِ ،
وَلَا بَطْل . وَهُوَ أَوْلَى .

فَالدَّاءُ : يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ بِعَيْبٍ فِيمَا بَاعَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ
عَلَيْهِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . (وَجَزَمَ بِهِ فِي) « الْهَدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَغَيْرِهِمْ ، ذَكَرُوهُ فِي
الشَّرَكَةِ . (وَقَالَ فِي « الْمُتَخَبِّ »)^(١) : لَا يُقْبَلُ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . فَلَا يُرَدُّ عَلَى
مُوكَّلِهِ . (وَإِنْ رُدُّ بِنُكُولِهِ)^(٢) ، (فَنَفَى رَدَّهُ عَلَى مُوكَّلِهِ وَجِهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ رَدُّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ)^(٣) .

قَوْلُهُ : وَإِنْ أَمْرَهُ بَيْعُهُ فِي سُوقِ بَثْمَنِ ، فَبَاعَهُ بِهِ فِي آخَرَ ، صَحَّ . إِنْ لَمْ يَنْهَهُ
عَنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ . بَلَا نِزَاعَ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَقَالَ فِي الْمُتَخَبِّ وَ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ط .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، وَفِي ط : « قَوْلُهُ » .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

لم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ إِذْنُهُ نُطْقًا وَلَا عُرْفًا ، فَإِنَّهُ
 قَدْ يَخْتَارُ التَّصَرُّفَ فِي زَمَنِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ دُونَ غَيْرِهِ ، وَلِهَذَا الْمَاعِيَنَ اللَّهُ تَعَالَى
 لِعِبَادَتِهِ وَقْتًا ، لَمْ يَجْزُ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهِ وَلَا تَأْخِيرُهَا عَنْهُ . فَلَوْ قَالَ لَهُ : بَعْ ثَوْبِي
 عَدَا . لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ^(١) قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ . فَإِنْ عَيَّنَ لَهُ الْمَكَانَ ، وَكَانَ يَتَعَلَّقُ بِهِ
 غَرَضٌ ، مِثْلُ أَنْ يَأْمُرَهُ ^(٢) «بِبَيْعِ ثَوْبِهِ» فِي سُوقٍ ، وَكَانَ السُّوقُ مَعْرُوفًا
 بِجَوْدَةِ التَّقْدِيرِ ، أَوْ كَثَرَةِ الثَّمَنِ ، أَوْ حِلِّهِ ، أَوْ بِصَلَاحِ أَهْلِهِ ، أَوْ بِمَوَدَّةِ
 بَيْنِ الْمُوَكَّلِ ^(٣) وَبَيْنَهُمْ ، تَقْيِيدَ الْإِذْنِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَى أَمْرٍ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ ،
 فَلَمْ يَجْزُ تَقْوِيَّتُهُ . وَإِنْ كَانَ هُوَ وَغَيْرُهُ سَوَاءً فِي الْغَرَضِ ، لَمْ يَتَقْيَدِ الْإِذْنُ
 بِهِ ، وَجَازَ لَهُ الْبَيْعُ فِي غَيْرِهِ ، لِمُسَاوَاتِهِ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهِ فِي الْغَرَضِ ، فَكَانَ
 تَنْصِيبُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا إِذْنًا فِي الْآخِرِ ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ أَوْ اسْتَعَارَ أَرْضًا لَزِرَاعَةِ
 شَيْءٍ ، كَانَ إِذْنًا فِي زِرَاعَةِ مِثْلِهِ وَمَا دُونَهُ ، وَلَوْ اكْتَرَى عَقَارًا ، كَانَ لَهُ أَنْ
 يُسْكِنَهُ مِثْلَهُ ، وَلَوْ نَذَرَ الْاِعْتِكَافَ أَوْ الصَّلَاةَ فِي مَسْجِدٍ ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ فِي
 غَيْرِهِ . وَسَوَاءٌ قَدَّرَ لَهُ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يُقَدِّرْهُ . فَأَمَّا إِنْ [١٤٣/٤ ظ] عَيَّنَ لَهُ
 الْمُشْتَرَى فَقَالَ : بَعْهُ فَلَانًا . لَمْ يَمْلِكِ بَيْعُهُ لغيرِهِ ، بغيرِ خِلَافٍ عِلْمَنَاهُ ،
 سَوَاءٌ قَدَّرَ لَهُ الثَّمَنَ أَوْ لَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي تَمْلِيكِه إِيَّاهُ دُونَ غَيْرِهِ ،
 إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ بِقَرِينَةٍ أَوْ صَرِيحٍ أَنَّهُ لَا غَرَضَ لَهُ فِي عَيْنِ ^(٤) الْمُشْتَرَى .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في الأصل : « ببيعته » .

(٣) في م : « الوكيل » .

(٤) في الأصل : « غير » .

فصل : إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً ، انتقل الملك من البائع إلى الموكل ، ولم يدخل في ملك الوكيل . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يدخل في ملك الوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكل ؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه ، دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل . ولنا ، أنه قبل عقداً غيره ، صح له ، فوجب أن ينتقل الملك إليه ، كالأب والوصي ، وكما لو تزوج له . وقولهم : إن حقوق العقد تتعلق به . غير مسلم . ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذميّاً في شراء خمر^(١) أو خنزير ، فاشتراه له ، لم يصح الشراء . وقال أبو حنيفة : يصح ، ويقع للذمي ؛ لأن الخمر مال لهم ؛ لأنهم يمتولونها ويتبايعونها ، فصح توكيلهم فيها ، كسائر أموالهم . ولنا ، أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه ، لا يجوز أن يوكل فيه ، كتزويج المجوسية ، وبهذا خالف سائر أموالهم . وإذا باع الوكيل بثمن معين ، ثبت الملك للموكل في الثمن ؛ لأنه بمنزلة المبيع . وإن كان الثمن في الذمة ، فللوكيل والموكل المطالبة به . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ليس للموكل المطالبة ؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ، ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله ، فكذلك القبض . ولنا ، أن هذا دين للموكل يصح قبضه له ، فملك المطالبة به ، كسائر ديونه

المقنع وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِهِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ قَبْضُهُ ، لَمْ يَلْزَمْ الْوَكِيلَ شَيْءٌ .

الشرح الكبير التي وَكَّلَ فيها ، وفَارَقَ مَجْلِسَ الصَّرْفِ^(١) ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ مِنْ شُرُوطِ^(٢) الْعَقْدِ ، فَتَعَلَّقَ بِالْعَاقِدِ ، كَالِإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَأَمَّا الثَّمَنُ فَهُوَ حَقٌّ لِلْمُوكِّلِ وَمَالٌ مِنْ مَالِهِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ . وَلَأَنْسَلَّمَ أَنَّ حُقُوقَ الْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِالْمُوكِّلِ ، وَهِيَ تَسْلِيمُ الثَّمَنِ ، وَقَبْضُ الْمَبِيعِ ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ ، وَضَمَانُ الدَّرَكِ . فَأَمَّا ثَمَنُ مَا اشْتَرَاهُ إِذَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ فِي ذِمَّةِ الْمُوكِّلِ أَصْلًا ، وَفِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ تَبَعًا ، كَالضَّامِنِ . وَلِلْبَائِعِ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ أَتَى الْوَكِيلَ لَمْ يَبْرَأِ الْمُوكِّلُ ، وَإِنْ أَتَى الْمُوكِّلَ بَرَأَ الْوَكِيلُ ، كَالضَّامِنِ وَالْمَضْمُونِ عَنْهُ سَوَاءً . وَإِنْ دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا ، فَرَدَّهُ عَلَى الْوَكِيلِ ، كَانَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، إِنْ تَلَفَ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُوكِّلِ . وَلَوْ وَكَّلَ رَجُلًا يَسْتَسْلِفُ لَهُ^(٣) (أَلْفًا فِي^(٤) كُرٍّ^(٥)) حِنْطِيَّةً ، فَفَعَلَ ، مَلَكَ الْمُوكِّلُ^(٥) ثَمَنَهَا ، وَالْوَكِيلُ ضَامِنٌ عَنْ مُوَكِّلِهِ ، كَمَا تَقَدَّمَ .

٢٠١٨ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِهِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ . فَإِنْ تَعَذَّرَ قَبْضُهُ ، لَمْ يَلْزَمْ الْوَكِيلَ شَيْءٌ) لَأَنَّ

الإصناف قوله : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَهُ . بلا نزاع .

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْعَقْد » .

(٢) فِي م : « شَرْط » .

(٣-٣) فِي م : « الْعَامَى » .

(٤) الْكُرُّ : مَكْيَالٌ لِأَهْلِ الْعِرَاقِ ، أَوْ سِتُونَ قَفِيرًا ، أَوْ أَرْبَعُونَ أَرْدَبًا .

(٥) سَقَطَ مِنْ م : .

الشرح الكبير

إِطْلَاقَ التَّوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ يَقْتَضِي التَّسْلِيمَ ، لَكَوْنِهِ مِنْ تَمَامِهِ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الْإِبْرَاءَ مِنَ الثَّمَنِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِبْرَاءَ لَيْسَ مِنَ الْمَبِيعِ . وَلَا مِنْ ثَمَنِهِ ، فَلَا يَكُونُ التَّوَكِيلُ فِي الْبَيْعِ تَوَكِيلًا ^(١) فِيهِ ، كَالْإِبْرَاءِ مِنْ غَيْرِ ثَمَنِهِ . فَأَمَّا قَبْضُ الثَّمَنِ ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَمْلِكُهُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُوَكَّلُ فِي الْبَيْعِ مَنْ لَا يَأْتِمُنُهُ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَلْزَمْ الْوَكِيلُ شَيْءٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قَبْضَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُوجِبِ الْبَيْعِ ، فَمَلَكَهُ ، كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ . فَعَلِيَ هَذَا لَيْسَ لَهُ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ إِلَّا بِقَبْضِ الثَّمَنِ أَوْ حُضُورِهِ ،

الإنصاف

وَقَوْلُهُ : وَلَمْ يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِهِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ . هَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ« الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، عَلَى مَا يَأْتِي . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَهُوَ الصُّوَابُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَمْلِكُ قَبْضَ ثَمَنِهِ مُطْلَقًا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، كَالْحَاكِمِ وَأَمِينِهِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمُنْذَهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« التَّلْخِصِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ ، يَمْلِكُهُ مُطْلَقًا . وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ« الْحَاوِيَيْنِ » ، وَ« الْفَائِقِ » : وَفِي قَبْضِهِ ثَمَنَهُ بِلَا قَرِينَةٍ وَجْهَانِ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » : لَهُ قَبْضُ الثَّمَنِ ، إِنْ قَفِذَتْ قَرِينَةُ الْمَنْعِ . فَعَلِيَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَوَكِيلُهُ » .

فإن سَلَّمَهُ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ضَمِنَهُ . قال شيخنا^(١) : والأولى أن يُنظرَ فيه ، فإن دَلَّتْ قَرِينَةُ الْحَالِ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ ، مثلَ تَوَكُّلِهِ فِي بَيْعٍ ثَوْبٍ فِي سُوقٍ غَائِبٍ عَنِ الْمُوَكَّلِ ، أَوْ مَوْضِعٍ يَضِيعُ الثَّمَنُ بِتَرْكِ قَبْضِ الْوَكِيلِ لَهُ^(٢) ، كَانَ إِذْنًا فِي قَبْضِهِ ، فَمَتَى تَرَكَ قَبْضَهُ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ حَالِ الْمُوَكَّلِ أَنَّهُ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالْبَيْعِ لِتَحْصِيلِ ثَمَنِهِ ، فَلَا يَرْضَى بِتَضْيِيعِهِ ، وَلِهَذَا يُعَدُّ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ مُفَرِّطًا . وَإِنْ لَمْ تَدُلَّ الْقَرِينَةُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ .

الشرح الكبير

المذهب ، إِنْ تَعَدَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، لَمْ يَلْزِمِ الْوَكِيلَ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ ظَهَرَ الْمِيعُ مُسْتَحَقًّا أَوْ مَعِيًّا . وَعَلَى الثَّالِثِ ، لَيْسَ لَهُ تَسْلِيمُ الْمِيعِ إِلَّا بِقَبْضِ الثَّمَنِ ، أَوْ حُضُورِهِ ، وَإِنْ سَلَّمَهُ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، ضَمِنَهُ . وَعَلَى الْأَوَّلِ ، إِنْ دَلَّتْ قَرِينَةُ عَلَى قَبْضِهِ وَلَمْ يَقْبِضْهُ ، ضَمِنَهُ ، وَإِلَّا فَلَا .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الْحُكْمُ لَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ سَلْعَةٍ ، هَلْ يَقْبِضُهَا أَمْ لَا ؟ أَمْ يَقْبِضُهَا إِنْ دَلَّتْ قَرِينَةٌ عَلَيْهِ ؟ وَإِنْ أُخِّرَ تَسْلِيمُ ثَمَنِهِ بِلا عُدْرٍ ، ضَمِنَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . الثَّانِيَةُ ، هَلْ لِلْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ أَوْ الشِّرَاءِ فِعْلُ ذَلِكَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ ، وَقِيلَ : مُطْلَقًا . أَمْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » : [١٥٣ / ٢] وَإِنْ وَكَّلَ فِي شِرَاءٍ ، لَمْ يَشَرْطِ الْخِيَارَ لِلْبَائِعِ . وَهَلْ لَهُ شَرْطُهُ لِنَفْسِهِ ، أَوْ لِمُوكِّلِهِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . انْتَهَى . وَظَاهَرُ كَلَامِهِ فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ« الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي الْبَيْعِ ، صِحَّةُ ذَلِكَ ، وَيَكُونُ لِلْمُوكَّلِ . فَإِذَا شَرْطَ الْخِيَارَ ، فَهُوَ لِمُوكِّلِهِ ، وَإِنْ شَرْطَهُ لِنَفْسِهِ ، فَهُوَ لَهَا ،

(١) فِي : الْمَغْنَى ٢١٢/٧ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

وَأِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ، المقنع

فصل : فَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ تَمَتُّهِ^(١) وَحُقُوقِهِ ، فَهُوَ كَتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ فِي الْبَيْعِ . وَالْحُكْمُ فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ كَالْحُكْمِ فِي قَبْضِ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ^(٢) ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَدْ ثَمَنَهُ ، فَخَرَجَ الْعَبْدُ مُسْتَحَقًّا ، فَهَلْ يَمْلِكُ أَنْ يُخَاصِمَ الْبَائِعَ فِي الثَّمَنِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . فَإِنْ اشْتَرَى شَيْئًا وَقَبْضَهُ ، وَأَخَّرَ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ لِغَيْرِ عُدْرٍ ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ ، ضَمِنَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُدْرٌ ، مِثْلَ أَنْ ذَهَبَ لِيَنْقِذَهُ [فَهَلَكَ]^(٣) أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ فِي إِمْسَاكِهِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُفَرِّطْ .

٢٠١٩ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ، لَمْ يَصِحَّ) وَلَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ، وَلِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَا يَمْلِكُهُ ، فَالْوَكِيلُ

وَلَا يَصِحُّ شَرْطُهُ لَهُ وَحْدَهُ . وَيَخْتَصُّ الْوَكِيلُ بِخِيَارِ الْمَجْلِسِ ، وَيَخْتَصُّ بِهِ الْمُوَكَّلُ ، إِنْ حَضَرَهُ وَحَجَرَ عَلَيْهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمَفْرُوعِ » . وَقَالَ فِي « التَّلْخِصِ » : وَإِنْ حَضَرَ الْمُوَكَّلُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَحَجَرَ عَلَى الْوَكِيلِ فِي الْخِيَارِ ، رَجَعَتْ حَقِيقَةُ الْخِيَارِ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، فِي أَظْهَرِ الْأَحْتِمَالَيْنِ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ ، وَمَسَائِلَ أُخَرَ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ ، جَازَ .

قوله : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ، أَوْ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، لَمْ يَصِحَّ . إِذَا وَكَّلَهُ

(١) فِي م : ثَمَنُهُ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ر : الْمَبِيعِ .

(٣) سَقَطَ مِنَ النِّسْخِ . وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٢١٣/٧ .

المقنع أو كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

أُولَى . وَلَا يَمْلِكُ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَمْلِكُ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَذِنَ فِي الْفَاسِدِ ، فَالصَّحِيحُ أُولَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْحَلَالَ بِالْإِذْنِ فِي الْفَاسِدِ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ فِي شِرَاءِ [١٤٤/٤ ظ] خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ، لَمْ يَمْلِكِ شِرَاءَ الْخَيْلِ وَالْغَنَمِ .

٢٠٢٠ - مسألة : (و) إِنْ وَكَّلَهُ فِي (كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، لَمْ يَصِحَّ) لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ شَيْءٍ ، فَيَعْظُمُ الْغَرَرُ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّوَكُّلُ إِلَّا فِي تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : يَصِحُّ وَيَمْلِكُ بِهِ كُلُّ مَا تَنَاوَلَهُ لَفْظُهُ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ ، فَصَحَّ فِيمَا تَنَاوَلَهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَيْعُ مَالِي كُلِّهِ . وَلَنَا ، أَنَّ فِي هَذَا غَرَرًا عَظِيمًا وَخَطَرًا كَبِيرًا ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ هَبَةٌ مَالِهِ ، وَطَلَاقُ نِسَائِهِ ، وَإِعْتَاقُ رَقِيقِهِ ، وَتَزْوُجُ نِسَاءٍ كَثِيرٍ ، وَتَلَزُّمُهُ الْمُهُورُ الْكَثِيرَةُ ، وَالْأَثْمَانُ ^(١) الْعَظِيمَةُ ، فَيَعْظُمُ الضَّرَرُ .

الإنصاف

فِي بَيْعِ فَاسِدٍ ، فَبَاعَ بَيْعًا صَحِيحًا ، لَمْ يَصِحَّ ، قَطَعَ بِهِ الْأَصْحَابُ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، لَمْ يَصِحَّ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، كَمَا قَطَعَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ . وَقَالَ فِي « النَّهَائَةِ » : لَمْ يَصِحَّ بِاتِّفَاقِ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ مَالِهِ كُلِّهِ ، أَوْ الْمُطَالَبَةِ بِحَقِّهِ كُلِّهَا ، أَوْ الْإِبْرَاءِ مِنْهَا ، أَوْ بِمَا شَاءَ مِنْهَا .

(١) فِي ق ، م : « الْأَيْمَانُ » .

وَأِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ مَالِهِ كُلِّهِ ، صَحَّ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي مَا شِئْتُ .
أَوْ : عَبْدًا بِمَا شِئْتُ . لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَذْكُرَ النَّوعَ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ . وَعَنْهُ
مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ .

٢٠٢١ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ مَالِهِ كُلِّهِ ، صَحَّ) لِأَنَّهُ يَعْرِفُ
مَالَهُ ، فَيَعْرِفُ أَقْصَى مَا يَبِيعُ ، فَيَقِلُّ الْعَرَرُ . وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ مَا
شَاءَ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ قَبْضِ دَيْوْنِهِ ، أَوْ الْإِبْرَاءِ مِنْهَا ، أَوْ مَا شَاءَ مِنْهَا ، صَحَّ ؛
لِأَنَّهُ يَعْرِفُ دَيْنَهُ ، فَيَعْرِفُ مَا يَقْبِضُ ، فَيَقِلُّ الْعَرَرُ .

٢٠٢٢ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي مَا شِئْتُ . أَوْ : عَبْدًا بِمَا
شِئْتُ . لَمْ يَصِحَّ) (ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ) (حَتَّى يَذْكُرَ النَّوعَ وَقَدَّرَ
الثَّمَنَ . وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ) وَذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ أَيْضًا ^(١) ؛ لِأَنَّ

قوله : وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْ لِي مَا شِئْتُ ، أَوْ عَبْدًا بِمَا شِئْتُ . لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَذْكُرَ
النَّوعَ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ . هَذَا إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ .
قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » :
هَذَا الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِيَتَيْنِ » ،
وَ « الْفَاتِحِ » . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ الْأَصَحُّ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يَجُوزَ ، عَلَى مَا قَالَه أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رَجُلَيْنِ ، قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ :
مَا اشْتَرَيْتَ مِنْ شَيْءٍ ، فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ . إِنَّهُ جَائِزٌ ، وَأَعْجَبَهُ ، وَقَالَ : هَذَا تَوْكِيلٌ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، م .

(٢) سقط من : الأصل ، م .

الشرح الكبير ما يُمكنُ شِراؤه يكثرُ ، فيكثرُ فيه العَرَرُ . وإن قَدَّرَ له أَكْثَرُ الثَّمَنِ وأَقْلَهُ ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ يَقِلُّ العَرَرُ . وقال القاضي : إذا ذَكَرَ النُّوعَ لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ الثَّمَنِ ؛ لَأَنَّهُ أَذِنَ^(١) في أَغْلَاهُ . وعنه ما يَدُلُّ على أَنَّهُ يَصَحُّ . فَإِنَّهُ قَدْ رَوَى عنه ، في مَنْ قال : ما اشْتَرَيْتَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بَيْنَنَا . أَنَّ هَذَا جَائِزٌ ، وَأَعْجَبَهُ . وَهَذَا تَوْكِيلٌ فِي شِرَاءِ كُلِّ شَيْءٍ ، وَلَأَنَّهُ إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ ، فَجَازٍ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، كَالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ .

فصل : قد ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : بَعِ مَا شِئْتَ مِنْ مَالِي . أَنَّهُ يَصَحُّ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : إِذَا قَالَ : بَعِ مَا شِئْتَ مِنْ مَالِي . لم يَجُزْ . وإن قال : بَعِ مَا شِئْتَ مِنْ عِبْدِي . جَازٌ ؛ لَأَنَّهُ مَحْصُورٌ بِالْجِنْسِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ التَّوْكِيلُ فِي جَمِيعِهِ ، جَازَ التَّوْكِيلُ فِي بَعْضِهِ ، كَعَبِيدِهِ^(٢) . وإن قال : اشْتَرِ لِي عَبْدًا تُرْكِيًّا . أو : ثَوْبًا هَرَوِيًّا^(٣) . صَحَّ . وكذلك إن قال : اشْتَرِ لِي عَبْدًا . أو : ثَوْبًا . ولم يَذْكُرْ جِنْسَهُ ، صَحَّ أَيضًا . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يَصَحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لَأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا^(٤) ذَكَرَ

الإِنصاف في كُلِّ شَيْءٍ . وكذا قال ابنُ أَبِي مُوسَى : إِذَا أَطْلَقَ وَكَالَتْهُ ، جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي سَائِرِ حُقُوقِهِ ، وَجَازَ بَيْعُهُ عَلَيْهِ ، وَائْتِياعُهُ لَهُ ، وَكَانَ خَصْمًا فِيمَا يَدَّعِيهِ لِمُوكِّلِهِ ، وَيُدَّعَى

(١) في الأصل : « ذكر » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « صرويا » .

(٤) سقط من : م .

وَأِنْ وَكَّلَهُ فِي الْخُصُومَةِ ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي الْقَبْضِ .
المقنع

الشرح الكبير
نوعًا فقد أذن في أعلاه ثمنًا ، فيَقِلُّ العَرَرُ ، ولأنَّ تَقْدِيرَ الثَّمَنِ يَضُرُّ به ،
فإنَّه قد لا يَجِدُ بِقَدْرِ الثَّمَنِ ، وَمَنْ اعتَبَرَ ذِكْرَ الثَّمَنِ ، جَوَّزَ أَنْ يَذْكُرَ له
أَكْثَرَ الثَّمَنِ وأَقْلَهُ ، وقد ذَكَرْنَاهُ .

٢٠٢٣ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْخُصُومَةِ ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي
الْقَبْضِ) وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَمْلِكُ قَبْضَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
مِنَ التَّثْبِتِ قَبْضُهُ ^(١) وَتَحْصِيلُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَبْضَ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْإِذْنُ نَظْمًا وَلَا
عُرْفًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرْضَى لِلْخُصُومَةِ مِنْ ^(٢) لَا يَرْضَاهُ لِلْقَبْضِ .

عليه ، بعد ثبوت وكالته منه . انتهى . وقيل : يَكْفِي ذِكْرُ النَّوعِ فَقَطْ . اختاره
القاضي . نقله عنه الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْفُرُوعِ » . وقال في
« الرِّعَايَةِ » : وقيل : يَكْفِي ذِكْرُ النَّوعِ ، أَوْ قَدْرُ الثَّمَنِ .

قوله : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْخُصُومَةِ ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي الْقَبْضِ . ولا الإقرار عليه
مُطْلَقًا . نصَّ عليه ، وهذا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وعليه جماهير الأصحاب ، وَقَطَعُوا
به . وقطع به ابنُ البَّائِي « تَعْلِيْقِهِ » ، أَنَّهُ يَكُونُ وَكِيلًا فِي الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِقَطْعِ
الْخُصُومَةِ ، وَلَا تَنْقَطِعُ إِلَّا به . انتهى . قلتُ : الذي يَنْبَغِي ، أَنْ يَكُونَ وَكِيلًا فِي
الْقَبْضِ ، إِنْ دَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِينَةٌ . كما اختاره الْمُصَنِّفُ ، وَجَمَاعَةٌ ، فيما إذا وَكَّلَهُ فِي
بَيْعِ شَيْءٍ ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَبْضَ ثَمَنِه إِلَّا بِقَرِينَةٍ .

(١) في م : « أو » .

(٢) في الأصل « ما » .

المقنع وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْقَبْضِ ، كَانَ وَكِيلًا فِي الْخُصُومَةِ ، فِي أَحَدِ

الشرح الكبير

[١٤٥/٤ و] فصل : وإذا وَكَّلَهُ فِي الْخُصُومَةِ ، لم يُقْبَلْ إقراره على الْمُوَكَّلِ بَقَبْضِ الْحَقِّ وَلَا غَيْرِهِ . وبه قال مالِكٌ ، والشافعيُّ ، وابنُ أُنَى لَيْلَى . وقال أبو حنيفةً ، ومحمدٌ : يُقْبَلُ إقراره في مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، فيما عدا الْحُدُودَ وَالْقِصَاصَ . وقال أبو يُوسُفَ : يُقْبَلُ إقراره في مَجْلِسِ الْحُكْمِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ أَحَدُ جَوَائِبِ الْمُدَّعَى ، فَمَلَكُهُ ، كَالْإِنْكَارِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِقْرَارَ مَعْنَى ^(١) يَقْطَعُ الْخُصُومَةَ وَيُنَافِيهَا ، فلم "يَمْلِكْهُ الْوَكِيلُ" فيها ، كَالْإِبْرَاءِ . وفارقَ الْإِنْكَارَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَقْطَعُ الْخُصُومَةَ ، وَيَمْلِكُهُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، وفي غيرِ مَجْلِسِ الْحَاكِمِ . وَلِأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَمْلِكُ الْإِنْكَارَ عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ الْمُوَكَّلَ مِنَ الْإِقْرَارِ ، فلو مَلَكَ الْإِقْرَارَ لَامْتَنَعَ عَلَى الْمُوَكَّلِ الْإِنْكَارُ ، فافْتَرَقَا . وَلَا يَمْلِكُ الْمُصَالِحَةُ عَلَى الْحَقِّ ، وَلَا الْإِبْرَاءَ مِنْهُ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّ ^(٢) الْإِذْنَ فِي الْخُصُومَةِ لَا يَقْتَضِي شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ .

٢٠٢٤ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْقَبْضِ ، كَانَ وَكِيلًا فِي

الإنصاف

قوله : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْقَبْضِ ، كَانَ وَكِيلًا فِي الْخُصُومَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وهو المذهبُ . صحَّحه في « التَّضْحِيحِ » ، و « تَضْحِيحِ الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في م : يملك الوكيل الإقرار .

(٣) في م : إلا أن .

الشرح الكبير

الْخُصُومَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ (^(١) وَبِهِ) قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَالْآخَرُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا مَعْنَيَانِ مُخْتَلِفَانِ ، فَالْوَكِيلُ فِي أَحَدِهِمَا لَا يَكُونُ وَكِيلًا فِي الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ اللَّفْظُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى الْقَبْضِ إِلَّا بِالتَّثْبِيتِ ، فَكَانَ إِذَا فِيهِ غُرْفًا ، وَلَأَنَّ الْقَبْضَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِهِ ، فَمَلَكَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي ^(٢) شِرَاءِ شَيْءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَ ثَمَنِهِ ، أَوْ فِي بَيْعِ شَيْءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ

الإنصاف

« الْوَجِيزِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَمَالَ إِلَيْهِ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَكُونُ وَكِيلًا فِي الْخُصُومَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « شَرْحِهِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » : يَحْتَمِلُ ، إِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ عَالِمًا بِجَحْدِ ^(٣) مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، أَوْ مَطْلُهُ ، كَانَ تَوَكِيلًا ^(٤) فِي تَثْبِيتِهِ وَالْخُصُومَةِ فِيهِ ؛ لِعِلْمِهِ بِتَوَقُّفِ الْقَبْضِ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

فَالثَّلَاثَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَفَادَنَا الْمُصَنِّفُ ، رَجَمَهُ اللَّهُ ، صِحَّةَ الْوَكَالَةِ فِي الْخُصُومَةِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصُّ عَلَيْهِ . لَكِنْ قَالَ فِي « الْفُنُونِ » : لَا يَصِحُّ مِمَّنْ عَلِمَ ظُلْمَ مُوَكَّلِهِ فِي الْخُصُومَةِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . وَهَذَا مِمَّا لَا شَكَّ فِيهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُهُ يَصِحُّ إِذَا

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ط : « بِحَجَرٍ » . انظر : المغنى ٢١١ / ٧ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَكِيلًا » . انظر : المغنى ٢١١ / ٧ .

كان الموكَّل عالمًا بجحدٍ من عليه الحقُّ أو مَطْلِه ، كان توكيلاً في تبيته
والخصومة فيه ؛ لِعَلِّمَهُ بوقوفِ قبضِ عليه . ولا فرق بين كونِ الحقِّ
عَيْنًا أو دَيْنًا . وقال بعضُ أصحابِ أبي حنيفة : إن ^(١) « وَكَّلَهُ فِي قَبْضٍ »
عَيْنٍ ، لم يَمْلِكْ تَبْيِيتَهَا ؛ لَأَنَّهُ وَكَّلَ فِي نَقْلِهَا ، أَشْبَهَ الْوَكِيلَ فِي نَقْلِ
الزَّوْجَةِ . ولنا ، أَنَّهُ وَكَّلَ فِي قَبْضِ حَقٍّ ، أَشْبَهَ الْوَكِيلَ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ ،
وبه يَبْطُلُ ما ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّهُ تَوَكَّلَ فِي قَبْضِهِ وَنَقَلَهُ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

لم يَعْلَمْ ظُلْمَهُ ، فَلَوْ ظَنَّ ظُلْمَهُ ، جاز . ويتوجَّه المنع . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال :
ومع الشكِّ يتوجَّه احتمالان ، ولعلَّ الجوازَ أولى ، كالظنِّ في عدمِ ظُلْمِهِ ؛ فَإِنَّ
الجوازَ فيه ظاهرٌ ، وإن لم يَجْزِ الحُكْمُ مع الرِّبَّةِ في البَيِّنَةِ . وقال القاضي ، في قوله
تعالى : ﴿ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴾ ^(٢) : يدلُّ على أَنَّهُ لا يجوزُ لأحدٍ أَنْ
يُخَاصِمَ عن غيره في إثباتِ حقٍّ أو نفيه ، وهو غيرُ عالمٍ بحقيقةِ أمرِهِ . وكذا قال
المُصَنِّفُ في « المعنى » ، والشارحُ ، في الصُّلحِ عن المنكرِ : يُشْتَرَطُ أَنْ يَعْلَمَ
صِدْقَ المدعى ، فلا تحلُّ دَعْوَى ما لا يَعْلَمُ بُبُوته . الثانيةُ [١٥٣ / ٢ ط] ، له إثباتُ
وَكَالِهِ مع غِيَّةٍ مُوَكَّلِهِ . على الصحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل :
ليس له ذلك . ويأتى ، في بابِ أقسامِ المَشْهُودِ بِهِ ، ما تَبَيَّنَ بِهِ الْوَكَالَةُ ، والخلافُ
فيه . وإن قال له : أَجِبْ عَنِّي خَصْمِي . اِحْتَمَلَ أَنَّهَا كَالْخُصُومَةِ ، واحْتَمَلَ
بُطْلَانُهَا . وأطلقهما في « الفروع » . قلتُ : الصَّوابُ الرجوعُ في ذلك إلى
الْقَرَائِنِ ، فَإِنْ لم تَدُلَّ قَرِينَةً ، فهو إلى الخصومةِ أَقْرَبُ .

الإنصاف

(١ - ١) في م : « وكل في بيع » .

(٢) سورة النساء ١٠٥ .

وَأِنْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ الْحَقِّ مِنْ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ مِنْ وَارِثِهِ .
وَأِنْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي الَّذِي قَبْلَهُ . فَلَهُ الْقَبْضُ مِنْ وَارِثِهِ .
وَأِنْ قَالَ : أَقْبِضْهُ الْيَوْمَ . لَمْ يَمْلِكْ قَبْضُهُ غَدًا [١٢٢ د] .

الشرح الكبير

٢٠٢٥ - مسألة : (وَأِنْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ الْحَقِّ مِنْ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ مِنْ وَارِثِهِ . وَأِنْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي الَّذِي قَبْلَهُ . فَلَهُ الْقَبْضُ مِنْ وَارِثِهِ) إِذَا وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ ذَيْنِ مِنْ رَجُلٍ ، فَمَاتَ ، نَظَرْتُ فِي لَفْظِهِ ؛ فَإِنْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي مِنْ فُلَانٍ . لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ مِنْ وَارِثِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ ، وَلَا يَفْتَضِيهِ الْعُرْفُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرِضَى ^(١) بَقَاءَ الْحَقِّ عِنْدَهُمْ دُونَهُ . وَأِنْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي الَّذِي قَبْلَهُ . أَوْ : عَلَيْهِ . فَلَهُ مُطَابَلَةُ وَارِثِهِ ، وَالْقَبْضُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ مِنَ الْوَارِثِ قَبْضٌ لِلْحَقِّ الَّذِي عَلَى مَوْرُوثِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ قَالَ : أَقْبِضْ حَقِّي مِنْ زَيْدٍ . فَوَكَّلَ زَيْدٌ إِنْسَانًا فِي الدَّفْعِ [١٤٥/٤ ط] إِلَيْهِ ، كَانَ لَهُ الْقَبْضُ مِنْهُ ^(٢) ، وَالْوَارِثُ نَائِبُ الْمَوْرُوثِ ، فَهُوَ كَالْوَكِيلِ . قُلْنَا : الْوَكِيلُ إِذَا دَفَعَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، جَرَى مَجْرَى تَسْلِيمِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هُنَا ، فَإِنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ إِلَى الْوَرِثَةِ وَاسْتَحَقَّتِ الْمُطَابَلَةُ عَلَيْهِمْ ، لَا بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْمَوْرُوثِ ، وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَفْعَلُ شَيْئًا ، حَنِثَ بِفِعْلٍ وَكَيْلِهِ دُونَ وَارِثِهِ .

٢٠٢٦ - مسألة : (وَأِنْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ الْيَوْمَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ غَدًا) لِأَنَّهُ قَدْ يَخْتَصُّ غَرَضَهُ بِهِ فِي زَمَنِ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ .

الإنصاف

(١) في م : يرى .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْإِيدَاعِ ، فَأَوْدَعَ وَلَمْ يُشْهِدْ ، لَمْ يَضْمَنْ .
وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَأَنْكَرَهُ الْغَرِيمُ ،
ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَهُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ .

الشرح الكبير ٢٠٢٧ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْإِيدَاعِ ، فَأَوْدَعَ وَلَمْ يُشْهِدْ ،
لَمْ يَضْمَنْ) إِذَا أَنْكَرَ الْمُودِعُ . كَذَلِكَ ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وَعُمُومُ كَلَامِ
الْخِرَقِيِّ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُقْبَلَ قَوْلُهُ عَلَى الْآمِرِ ^(١) . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ
لأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تُثَبَّتُ إِلَّا بَيِّنَةً ، فَهُوَ كَأَلَوْ وَكَّلَهُ فِي
قَضَاءِ الدَّيْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْمُودِعِ يُقْبَلُ
فِي الرَّدِّ وَالْهَلَاكِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الِاسْتِثْنَاءِ ؛ بِخِلَافِ قَضَاءِ الدَّيْنِ . فَإِنْ
قَالَ الْوَكِيلُ : دَفَعْتُ الْمَالَ إِلَى الْمُودِعِ . فَقَالَ : لَمْ تَدْفَعْهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي تَصَرُّفِهِ فِيمَا وَكَّلَ فِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ .

٢٠٢٨ - مسألة : (وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ وَلَمْ يُشْهِدْ ،
وَأَنْكَرَهُ الْغَرِيمُ ، ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَهُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ) إِذَا وَكَّلَ رَجُلًا

الإِنصاف قوله : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الْإِيدَاعِ ، فَأَوْدَعَ ، وَلَمْ يُشْهِدْ ، لَمْ يَضْمَنْ . هَذَا الْمَذْهَبُ ،
وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ : ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ . وَقِيلَ :
يَضْمَنْ . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي رِوَايَةً .

قوله : وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَأَنْكَرَهُ الْغَرِيمُ ، ضَمِنَ .

(١) فِي م : « الْآخِر » .

الشرح الكبير

فِي قَضَاءِ دَيْنِهِ ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا لِيَدْفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَادَّعَى الْوَكِيلُ قَضَاءَ الدَّيْنِ
وَدَفَعَ الْمَالَ إِلَى الْغَرِيمِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى الْغَرِيمِ إِلَّا بَيِّنَةً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَمِينِهِ ،
فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ ادَّعَاهُ الْمُوَكَّلُ . فَإِذَا حَلَفَ الْغَرِيمُ ،
فَلَهُ مُطَابَقَةُ الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ لَا تَبْرَأُ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَى وَكِيلِهِ . وَهَلْ
لِلْمُوَكَّلِ الرَّجُوعُ عَلَى وَكِيلِهِ ؟ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَضَاءُ بَغِيرِ بَيِّنَةٍ ، فَلِلْمُوَكَّلِ
الرَّجُوعُ عَلَيْهِ إِذَا قَضَاهُ فِي غَيْبَتِهِ . قَالَ الْقَاضِي : سَوَاءٌ صَدَّقَهُ أَوْ كَذَّبَهُ .
وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِذْنٌ لَهُ ^(١) فِي الْقَضَاءِ يُبْرَأُ بِهِ ^(٢) ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَعَنْ
أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَمْرُهُ بِالْإِشْهَادِ فَلَمْ يَفْعَلْ .
فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، إِنْ صَدَّقَهُ الْمُوَكَّلُ فِي الدَّفْعِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ،
وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَوَجْهٌ
لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ادَّعَى فَعَلَّ مَا أَمَرَهُ بِهِ مُوَكَّلُهُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ،
كَأَنَّ أَمْرَهُ بَيِّنٌ ، ثَوْبُهُ ، فَادَّعَى بَيْعَهُ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ مُفَرِّطٌ بِتَرْكِ
الْإِشْهَادِ ، فَضَمِنَ ، كَمَا لَوْ فَرَّطَ فِي الْبَيْعِ بِذُنُوبِ ثَمَنِ الْمِثْلِ . فَإِنْ قِيلَ :
فَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِشْهَادِ ؟ قُلْنَا : إِطْلَاقُ الْأَمْرِ بِالْقَضَاءِ يَقْتَضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُثْبِتُ إِلَّا بِهِ ، فَيَصِيرُ كَأَمْرِهِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، يَقْتَضِي ذَلِكَ الْعُرْفُ لَا

هذا المذهب بشرطه ، وعليه أكثر الأصحاب ، كما لو أمره بالإشهاد فلم يفعل .
قال في « التلخيص » : ضَمِنَ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « يبرأ به » .

الْعُمُومُ . كَذَا هُنَا . وَقِيَاسُ الْقَوْلِ الْآخِرِ يُمَكِّنُ الْقَوْلَ بِمُوجِبِهِ ، وَأَنَّ قَوْلَهُ مَقْبُولٌ فِي الْقَضَاءِ ، وَإِنَّمَا لَزِمَهُ الضَّمَانُ لِتَفْرِيطِهِ ، لَا لِرَدِّ قَوْلِهِ . وَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ الْقَضَاءُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ ، لَمْ يَضْمَنْ الْوَكِيلُ ؛ لِأَنَّ تَرْكَهَ الْاِحْتِيَاظَ وَالْإِشْهَادَ رَضًا مِنْهُ بِمَا فَعَلَ وَكَيْلُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ أُذِنَ لَهُ فِي الْقَضَاءِ بِغَيْرِ إِشْهَادٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ صَرِيحَ قَوْلِهِ يُقَدِّمُ عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ دَلَالَةُ الْحَالِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَشْهَدَ عَلَى الْقَضَاءِ عُذُولًا فَمَاتُوا أَوْ غَابُوا ، فَلَا ضَمَانَ

الشرح الكبير

« الْوَجِيزِ » ، و « الْخِرْقَى » ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُنْدَةِ » وَغَيْرِهَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَقَالَ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَالَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ : وَسَوَاءٌ صَدَّقَهُ الْمُوَكَّلُ أَوْ كَذَبَهُ . وَعَنْهُ ، لَا يَضْمَنْ ، سَوَاءٌ أَمَكَّنَهُ الْإِشْهَادُ ، ^(١) أَوْ لَا . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ إِنْ أَمَكَّنَهُ الْإِشْهَادُ ^(٢) وَلَمْ يُشْهَدْ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّهُ اِحْتِمَالٌ ، يَضْمَنُهُ إِنْ كَذَبَهُ الْمُوَكَّلُ ، وَإِلَّا فَلَا . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهَذَا مُقْتَضَى كَلَامِ الْخِرْقَى .

الإنصاف

قَوْلُهُ : إِلَّا أَنْ يَقْضِيَهُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ . يَعْنِي ، أَنَّهُ إِذَا قَضَاهُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ ، مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ ، لَا يَضْمَنْ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُعْنَى » ، و « التَّلْخِصِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الْحَاوِيَتَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « الْفُرُوعِ » : لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الصَّحِيحُ . وَقِيلَ : يَضْمَنْ ؛ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّ السَّائِكَ لَا يُنْسَبُ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

فَصْلٌ : وَالْوَكِيلُ أَمِينٌ ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلَفَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ المقنع
تَفْرِيطٍ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْهَلَاكِ وَنَفَى التَّفْرِيطِ .

الشرح الكبير

(أعلى الوكيل^(١) لعدم تفريطه . وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته ، كشاهد واحد ، أو رجلًا وامرأتين ، فهل يبرأ من الضمان ؟ يخرج على روايتين . فإن اختلف الوكيل والموكل ، فقال : قضيت الدين بحضرتك . فأنكر الموكل ذلك ، أو قال : أذنت لي في قضائه بغير بينة . فأنكر الموكل ، أو قال : أشهدت على القضاء شهودًا فماتوا . فأنكر الموكل ، فالقول قَوْلُهُ ؛ لأن الأصل معه .

فصل : قال المصنف ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (والوكيل أمين ، لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) سواء كان بجعل أو لا ؛ لأنه أمين ، أشبه المودع . ومتى اختلفا في تعدى الوكيل ، أو تفريطه في الحفظ ، أو

الإصناف إليه قول . وتقدم نظير هذه المسألة فيما إذا قضى الضامن الدين ، وتقدم هناك ، إذا أشهدا ، ومات الشهود ، ونحو ذلك . والحكم هنا كذلك . وتقدم أيضًا في الرهن ، فيما إذا قضى العدل المرتهن . وتقدم أيضًا في الرهن ، من طلب منه الرد ، وقبل قوله ، هل له التأخير ليشهد ، أم لا ؟ وما يتعلق بذلك ، عند قوله : إذا اختلفا في رد الرهن . والأصحاب يذكرون المسألة هنا .

قوله : والوكيل أمين ، لا ضمان عليه فيما يتلف في يده بغير تفريط ، والقول قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْهَلَاكِ وَنَفَى التَّفْرِيطِ . هذا المذهب مطلقًا ، وعليه الأصحاب

(١ - ١) في م : « عليه » .

مُخَالَفَتِهِ أَمْرٌ مُوَكَّلٍ ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِ ^(١) أَنْكَ حَمَلْتَ عَلَى الدَّابَّةِ فَوْقَ طَاقَتِهَا ، أَوْ حَمَلْتَ عَلَيْهَا شَيْئًا لِنَفْسِكَ ، أَوْ فَرَطْتَ فِي حِفْظِهَا . أَوْ لَبَسْتَ الثَّوْبَ ، أَوْ أَمَرْتُكَ بِرَدِّ الْمَالِ فَلَمْ تَفْعَلْ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، وَهَذَا مِمَّا يَتَعَذَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، فَلَا يُكَلِّفُ ذَلِكَ ، كَالْمُودَعِ . وَلَئِنَّ مُنْكَرًا لِمَا يُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَكَذَلِكَ إِنْ ادَّعَى الْوَكِيلُ التَّلَفَ فَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَهَكَذَا حُكْمُ كُلِّ ^(٢) مَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ لْغَيْرِهِ عَلَى سَبِيلِ الْأَمَانَةِ ، كَالأَبِ ، وَالْوَصِيِّ ، وَأَمِينِ الْحَاكِمِ ، وَالشَّرِيكِ ، وَالْمُضَارِبِ ، وَالْمُرْتَهَنِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَلَّفَ ذَلِكَ مَعَ تَعَذُّرِهِ عَلَيْهِ ^(٣) ، لَامْتَنَعَ النَّاسُ مِنَ الدُّخُولِ فِي الْأَمَانَاتِ مَعَ دَعْوَى الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَذَلِكَ ضَرَرٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ تَلَفَهَا بِأَمْرِ ظَاهِرٍ ، كَالْحَرِيقِ وَالنَّهْبِ ، فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى وُجُودِ هَذَا الْأَمْرِ فِي تِلْكَ النَّاحِيَةِ ، ثُمَّ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي تَلَفِهَا بِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْأَمْرِ الظَّاهِرِ

فِي الْجُمْلَةِ . قَالَ الْقَاضِي : إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ تَلَفًا بِأَمْرِ ظَاهِرٍ ؛ كَالْحَرِيقِ وَالنَّهْبِ ، وَنَحْوِهَا ، فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى وُجُودِ ذَلِكَ فِي تِلْكَ النَّاحِيَةِ ، ثُمَّ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي تَلَفِهَا بِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

وَلَوْ قَالَ : بَعْتُ الثَّوْبَ ، وَقَبِضْتُ الثَّمَنَ ، فَتَلَفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . المقنع

الشرح الكبير

مِمَّا لَا يَخْفَى ، فَلَا يَتَعَذَّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ . وَمَتَى ثَبَتَ التَّلَفُ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّيه ؛ إِمَّا لِقَبُولِ قَوْلِهِ ، أَوْ بِإِقْرَارِ مُوَكَّلِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ ^(١) ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، سَوَاءٌ تَلَفَ الْمَتَاعُ الَّذِي أَمَرَ بِبَيْعِهِ ، أَوْ بَاعَهُ وَقَبِضَ ثَمَنَهُ فَتَلَفَ الثَّمَنُ ، سَوَاءٌ كَانَ بِجُعْلٍ أَوْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ [١٤٦/٤ ط] نَائِبُ الْمَالِكِ فِي الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ ، فَالْهَلَاكُ فِي يَدِهِ كَالْهَلَاكِ فِي يَدِ الْمَالِكِ ، وَجَرَى مَجْرَى الْمُودَعِ وَالْمُضَارِبِ وَشَبَّهِمَا . فَإِنْ تَعَدَّى أَوْ فَرَطَ ، ضَمِنَ . وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَمْوَالِ . وَلَوْ بَاعَ الْوَكِيلُ سِلْعَةً وَقَبِضَ ثَمَنَهَا ، فَتَلَفَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ ، وَاسْتَحَقَّ الْمَبِيعُ ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُوَكَّلِ دُونَ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَهُ ، فَالرُّجُوعُ بِالْعَهْدَةِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ بِنَفْسِهِ .

٢٠٢٩ - مسألة : (وَلَوْ قَالَ : بَعْتُ الثَّوْبَ ، وَقَبِضْتُ الثَّمَنَ فَتَلَفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) إِذَا اخْتَلَفَ الْوَكِيلُ وَالْمُوَكَّلُ فِي التَّصَرُّفِ ، فَيَقُولُ

الإنصاف

التَّلَفِ ، وَكَذَا إِنْ ادَّعَاهُ بِحَادِثٍ ظَاهِرٍ ، وَشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بِالْحَادِثِ ، قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَفِي الْيَمِينِ رِوَايَةٌ ، إِذَا أَثْبَتَ الْحَادِثَ الظَّاهِرَ ، وَلَوْ بِاسْتِفَاضَةٍ ، أَنَّهُ لَا يَخْلِفُ . وَيَأْتِي نَظِيرُ ذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ ^(٢) .

قوله : وَلَوْ قَالَ : بَعْتُ الثَّوْبَ ، وَقَبِضْتُ الثَّمَنَ ، فَتَلَفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ . قَالَ فِي « الْفَاتِي » : قُبِلَ قَوْلُهُ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

(١) فِي م : « بَيِّنَةٍ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الرَّدُّ بَعْنِهِ » ، وَفِي أ : « الرَّدُّ بَعْنِيهِ » . وَسَيَأْتِي ذَلِكَ فِي ، كِتَابِ الْوَدِيعَةِ .

الْوَكِيلُ : بَعَثَ الثَّوْبَ ، وَقَبِضْتُ الثَّمَنَ . فَيُنْكَرُ الْمُوَكَّلُ ذَلِكَ ، أَوْ يَقُولُ :
بَعَثَ وَلَمْ تَقْبِضْ^(١) شَيْئًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ
قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْبَيْعَ وَالْقَبْضَ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ فِيهِمَا ، كَمَا يُقْبَلُ
قَوْلُ وَلِيِّ الْمَرْأَةِ الْمُجْبِرَةِ عَلَى النِّكَاحِ فِي تَزْوِيجِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ
قَوْلُهُ . وَهُوَ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ بِحَقِّ لَغْوِهِ عَلَى
مُوكِّلِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِذَيْنِ عَلَيْهِ . فَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ ،
فَاشْتَرَاهُ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا اشْتَرَاهُ بِهِ ، فَقَالَ : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . قَالَ :
بَلْ بِخَمْسِمِائَةٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَقَالَ الْقَاضِي :
الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنَ لَهُ الشِّرَاءَ بِمَا ادَّعَاهُ ، فَقَالَ : اشْتَرِ

الشرح الكبير

وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ،
وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي «النَّظْمِ» . قَالَ فِي
«الرَّعَايَتَيْنِ» : قُبِلَ قَوْلُ الْوَكِيلِ ، فِي الْأَشْهُرِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى» ،
وَ«الشَّرْحِ» . وَقِيلَ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي «الْمُعْنَى» ،
وَ«الشَّرْحِ» . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْكَافِي» .

الإنصاف

فَائِدَةٌ : لَوْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ ، فَاشْتَرَاهُ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ ؛ فَقَالَ :
اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . فَقَالَ الْمُوَكَّلُ : بَلْ بِخَمْسِمِائَةٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ . عَلَى
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْفَائِقِ» .
وَقَالَ الْقَاضِي : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنَ لَهُ الشِّرَاءَ بِمَا ادَّعَاهُ الْوَكِيلُ ،
فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ .

(١) فِي ر ، ق : « أَقْبِضْ » .

وإن اختلفا في ردّه إلى المؤكّل ، فالقول قوله إن كان متطوعاً .
وإن كان بجعلٍ ، فعلى وجهين .

الشرح الكبير

لي عبداً باللف . فادّعى الوكيل أنه اشتراه بها ، فالقول قول الوكيل إذا ،
وإلا فالقول قول المؤكّل ؛ لأنّ من كان القول قوله في أصل شيء ، كان
القول قوله في صفته . وللشافعي قولان كهذين الوجهين . وقال أبو
حنيفة : إن كان الشراء في الذمة ، فالقول قول المؤكّل ؛ لأنه غارم ،
لكونه مطالباً بالثمن ، وإن اشترى بعين المال ، فالقول قول الوكيل ؛
لكونه الغارم ، فإنه يطالبه بردّ ما زاد على خمسمائة . ولنا ، أنهما اختلفا
في تصرف الوكيل ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في البيع ، ولأنّه
وكيل في الشراء ، فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري ، كالمضارب ،
وكما لو قال له : اشترِ باللف . عند القاضي .

٢٠٣٠ - مسألة : (وإن اختلفا في ردّه إلى المؤكّل ، فالقول قوله
إن كان متطوعاً . وإن كان بجعلٍ ، فعلى وجهين) إذا اختلفا في الردّ ،
فادّعه الوكيل وأنكره المؤكّل ، فإن كان بغير جعلٍ ، فالقول قول

قوله : وإن اختلفا في ردّه إلى المؤكّل ، فالقول قوله ، إن كان متطوعاً . على
الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقطع به الأكثر . وقيل : لا يقبل قوله
إلا بيّنة . ذكره في « الرعاية » .

وإن كان بجعلٍ ، فعلى وجهين . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ،
[٢ / ١٥٤] و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ،

وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي الْأَجِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ .

الشرح الكبير

الْوَكِيلُ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ الْمَالَ لِنَفْعِ مَالِكِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَالْمُودَعِ .
وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ ، كَالأَوَّلِ .
وَالثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ الْمَالَ لِنَفْعِ نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ،
كَالْمُسْتَعِيرِ . وَسَوَاءٌ اخْتَلَفَا فِي رَدِّ الْعَيْنِ أَوْ رَدِّ ثَمَنِهَا .

[١٤٧/٤] ٢٠٣١ - مسألة : (وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي الْأَجِيرِ
وَالْمُرْتَهِنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْأَمْنَاءَ عَلَى ضَرَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَنْ قَبَضَ
الْمَالَ لِنَفْعِ مَالِكِهِ لَا غَيْرُ ، كَالْمُودَعِ وَالْوَكِيلِ بغيرِ جُعْلٍ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُمْ
فِي الرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمْ لَأَمْتَنَعَ النَّاسُ مِنْ قَبُولِ هَذِهِ الْأَمَانَاتِ ، فَيُلْحَقُ

الإِنصاف

و « الْكَافِي » ، و « الْمُعْنَى » ، و « الْهَادِي » ، و « التَّلْخِيص » ،
و « الشَّرْح » ، و « النَّظْم » ، و « الْحَاوِيَيْنِ » ، و « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » ،
و « الْفَاتِي » ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، كَالْوَصِيِّ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَهُوَ
الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، و « الْوَجيز » .
وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَابْنُهُ أَبُو الْحُسَيْنِ ،
وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ ، وَسَوَاءٌ اخْتَلَفَا فِي
رَدِّ الْعَيْنِ أَوْ رَدِّ ثَمَنِهَا . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ،
وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمْ .

قوله : وَكَذَلِكَ يُخْرَجُ فِي الْأَجِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ،
و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي
« الْفَاتِي » : وَالْوَجْهَانِ فِي الْأَجِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ . انْتَهَى . وَكَذَا الْمُسْتَأْجِرُ ،
وَالشَّرِيكُ ، وَالْمُضَارِبُ ، وَالْمُودِعُ ، وَغَوْهُمْ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » وَغَيْرِهَا .

الناس الصُّرَرُ . الثاني ، مَنْ ^(١) يَنْتَفِعُ بِقَبْضِ الْأَمَانَةِ ، كَالْوَكِيلِ بِجُعْلٍ ،
وَالْمُضَارِبِ ، وَالْأَجِيرِ الْمُشْتَرِكِ ، وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَالْمُرْتَهِنِ ، ففهم
وَجْهَان . ذَكَرَهُمَا أَبُو الْخَطَّابِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُ ^(٢) الْمُرْتَهِنِ
^(٣) وَالْمُسْتَأْجِرِ ، وَالْمُضَارِبِ فِي الرَّدِّ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا نَصٌّ عَلَيْهِ فِي الْمُضَارِبِ ،
فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنصُورٍ ، وَلِأَنَّ مَنْ قَبَضَ الْمَالَ لِنَفْسِهِ ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ
فِي الرَّدِّ ، كَالْمُسْتَعِيرِ . وَلَوْ أَنْكَرَ الْوَكِيلُ قَبْضَ الْمَالِ ، ثُمَّ ثَبَتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً
أَوْ اعْتِرَافٍ ، فَادَّعَى الرَّدَّ أَوْ التَّلَفَ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ جَنَاحَتَهُ قَدْ ثَبَتَتْ
بِجَحْدِهِ . فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ مِنَ الرَّدِّ أَوْ التَّلَفِ ، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ فِي أَحَدٍ
الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ كَذَّبَهَا بِجَحْدِهِ ، فَإِنْ قَوْلُهُ : مَا ^(٤) قَبِضْتُ . يَتَضَمَّنُ أَنَّهُ
لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعَى الرَّدَّ وَالتَّلَفَ قَبْلَ وُجُودِ خِيَانَتِهِ ،

وَتَقَدَّمَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاهِنِ إِذَا ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ رَدَّهُ ، وَأَنَّهُ
الْمَذْهَبُ . وَتَقَدَّمَ فِي الْبَابِ الَّذِي قَبْلَهُ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْوَلِيِّ فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَى الْمُوَلَّى
عَلَيْهِ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي الْمُضَارَبَةِ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ
رَبِّ الْمَالِ فِي رَدِّ الْمَالِ إِلَيْهِ ، وَيَأْتِي الْخِلَافُ فِيهِ . وَيَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي
بَابِ الْوَدِيعَةِ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُودِعِ فِي الرَّدِّ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .

فائدة : لَوْ ادَّعَى الرَّدَّ إِلَى غَيْرِ مَنْ ائْتَمَنَهُ بِإِذْنِ الْمُوَكَّلِ ، قَبْلَ قَوْلِ الْوَكِيلِ .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْحَسَنِ التَّمِيمِيُّ ، قَالَ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣-٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِي الشَّرَاءِ بِخَمْسَةِ . فَأَنْكَرَهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير فَإِنْ كَانَ جُحُودُهُ أَنْكَ لَا^(١) تَسْتَحِقُّ عَلَى شَيْءٍ ، أَوْ مَا لَكَ عِنْدِي شَيْءٌ ، سَمِعَ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ جَوَابَهُ لَا يُكَذِّبُ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ قَدْ تَلَفَ أَوْ رُدَّ ، فَلَيْسَ لَهُ عِنْدَهُ شَيْءٌ ، فَلَا تَنَافِي بَيْنَ الْقَوْلَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِي أَنَّهُ رَدَّهُ أَوْ تَلَفَ بَعْدَ قَوْلِهِ : مَا لَكَ عِنْدِي شَيْءٌ . فَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ ؛ لِثُبُوتِ كَذِبِهِ وَخِيَانَتِهِ .

٢٠٣٢ - مسألة : (فَإِنْ قَالَ : أَذِنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِي الشَّرَاءِ بِخَمْسَةِ . فَأَنْكَرَهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُمَا مَتَى اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْوَكَالَةِ ، فَقَالَ : وَكَلَّتْكَ فِي بَيْعِ هَذَا الْعَبْدِ . قَالَ : بَلْ فِي بَيْعِ هَذِهِ

الإنصاف « الْقَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ وَالْأَرْبَعِينَ » . وَقِيلَ : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ . فَقِيلَ : لِتَفْرِيطِهِ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ عَلَى الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ ، فَلَوْ صَدَّقَهُ الْآمِرُ عَلَى الدَّفْعِ ، لَمْ يَسْقُطِ الضَّمَانُ . وَقِيلَ : بَلْ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَمِينًا لِلْمَأْمُورِ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ إِلَيْهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَكُلُّ مِمَّنِ الْأَقْوَالِ الثَّلَاثَةِ قَدْ نُسِبَ إِلَى الْخَرَقِيِّ . هَذَا كَلَامُهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَى غَيْرِ رَبِّهِ ، وَإِطْلَاقُهُمْ ، وَلَا فِي صَرْفِهِ فِي وُجُوهِ عُيُنَتْ لَهُ مِنْ أَجْرَةٍ لَزِمَتْهُ . وَذَكَرَهُ الْآدِمِيُّ الْبَغْدَادِيُّ . انْتَهَى . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُ كُلِّ مَنْ ادَّعَى الرَّدَّ إِلَى غَيْرِهِ مِنْ اتِّمَعْتَهُ . قَوْلُهُ : وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِي الشَّرَاءِ بِخَمْسَةِ . فَأَنْكَرَهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ . وَهُوَ

(١) سقط من : ر .

الأمة^(١) ، أو قال : « وَكُلُّكَ فِي الْبَيْعِ بِالْفَيْنِ . قال : بل بَأْلَفٍ . أو قال : وَكُلُّكَ^(٢) فِي بَيْعِهِ نَقْدًا . قال : بل نَسِئَةً . أو قال : وَكُلُّكَ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ . قال : بل فِي شِرَاءِ أَمَةٍ . أو قال : وَكُلُّكَ فِي الشِّرَاءِ بَعَشْرَةَ . قال : بل بِخَمْسَةٍ . فقال القاضي^(٣) : القول قول الموكِّل . وهو قول أصحاب الرأي ، والشافعي ، وابن المنذر . وقال أبو الخطاب : إذا قال : أَذِنْتُ لَكَ فِي الْبَيْعِ نَقْدًا ، وفي الشِّرَاءِ بِخَمْسَةٍ . قال : بل أَذِنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ نَسِئَةً ، وفي الشِّرَاءِ بَعَشْرَةَ . فالقول قول الوكيل . نص عليه أحمد^(٤) في المضاربة ؛ لأنه أمين في التصرف ، فكان القول قوله في صفته ، كالخياط إذا قال : أَذِنْتُ لِي فِي تَفْصِيلِهِ قَبَاءً . قال : بل قَمِيصًا . وحكى عن مالك : إن أذركت السلعة ، فالقول قول الموكِّل ، وإن فاتت ، فالقول قول الوكيل ؛ لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان ،

المذهب ، نص عليه في المضارب . قال في « الرعاية الكبرى » : صدق الوكيل الإنصاف في الإشهاد حلف . وقدمه في « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الهادي » ، و « الحاوي الكبير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » . والوجه الثاني ، القول قول المالك . اختاره القاضي . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب « التصحيح » . وجزم به في « الوجيز » . وقدمه في « الكافي » .

(١) في م : « الجارية » .

(٢ - ٢) سقط من م .

(٣) بعده في م : « في المجرى » .

(٤) بعده في م : « واختاره القاضي والتعليق الكبير » .

والأصل عَدَمُهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مَوْجُودَةً . [١٤٧/٤ ط] والقول الأولُ أَصَحُّ ؛ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي التَّوَكُّيلِ الَّذِي يَدَّعِيهِ التَّوَكُّيلُ ^(١) ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يَنْفِيهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُقَرَّرِ الْمُوَكَّلُ بِتَوَكُّيلِهِ فِي غَيْرِهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ قَوْلِ الْمُوَكَّلِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي صِفَةِ كَلَامِهِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي صِفَةِ الطَّلَاقِ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِذَا قَالَ : اشْتَرَيْتُ لَكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ بِإِذْنِكَ . قَالَ : مَا أَذْنْتُ لَكَ ^(٢) إِلَّا فِي شِرَاءِ غَيْرِهَا . أَوْ قَالَ : اشْتَرَيْتُهَا لَكَ بِالْفَيْنِ . فَقَالَ : مَا أَذْنْتُ لَكَ فِي شِرَائِهَا إِلَّا بِالْفِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ ، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ . فَإِذَا حَلَفَ بَرِيٌّ مِنَ الشَّرَاءِ . ثُمَّ لَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرَاءُ بَعَيْنِ الْمَالِ أَوْ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِنْ كَانَ بَعَيْنِ الْمَالِ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَيَرُدُّ الْجَارِيَةَ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ ،

الإنصاف

فائدة : وكذا الحكم لو قال : أَذْنْتُ لِي فِي الْبَيْعِ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ . أَوْ اخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْإِذْنِ . وكذا حُكْمُ الْمُضَارِبِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . فَعَلِيَ الْوَجْهَ الثَّانِي ، إِذَا حَلَفَ الْمَالِكُ ، بَرِيٌّ مِنَ الشَّرَاءِ . فَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرَى جَارِيَةً ، فَلَا يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرَاءُ بَعَيْنِ الْمَالِ ، أَوْ فِي الذِّمَّةِ ؛ فَإِنْ كَانَ بَعَيْنِ الْمَالِ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَتُرَدُّ الْجَارِيَةُ عَلَى الْبَائِعِ ، إِنْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ . وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي الشَّرَاءِ لِغَيْرِهِ ، أَوْ بِمَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ . فَلَوْ ادَّعَى التَّوَكُّيلُ عِلْمَهُ بِذَلِكَ ، حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالٍ مُوَكَّلِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ مَضَى الْبَيْعُ ، وَعَلَى التَّوَكُّيلِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ لِمُوَكَّلِهِ ، وَدَفْعُ الثَّمَنِ إِلَى الْبَائِعِ . وَتَبَقِيَ الْجَارِيَةُ

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْمُوَكَّل » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير

وإن كَذَّبَهُ في أَنَّ الشَّرَاءَ لغيرِهِ ، أو بِمَالٍ غيرِهِ ، «أو بغيرٍ»^(١) إِذْنَهُ ، فالقولُ قولُ البائعِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ ما في يَدِ الإنسانِ له . فإن ادَّعى الوَكِيلُ عِلْمَهُ بذلك ، حَلَفَ أَنَّهُ لا يَعْلَمُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِمَالٍ مُوَكَّلِهِ ؛ لأنَّهُ يَحْلِفُ على نَفْسِهِ فِعْلَ غيرِهِ ، فإذا حَلَفَ ، مَضَى البَيْعُ ، وعلى الوَكِيلِ غَرَامَةُ الثَّمَنِ لِمُوكَّلِهِ ، ودَفَعُ الثَّمَنِ إلى البائعِ ، وَتَبَقَّى الجاريةُ في يَدِهِ ، لا تَحِلُّ له ؛ لأنَّهُ إن كان صادِقًا فَهِيَ لِلْمُوكَّلِ ، وإن كان كاذِبًا فَهِيَ لِلْبائعِ . فإن أراد

الإنصاف

في يَدِهِ ، لا تَحِلُّ له ، فإن أراد اسْتِحْلَالَهَا ، اشْتَرَاهَا مِمَّنْ هِيَ له في الباطِنِ ؛ لِتَحِلَّ له ظاهراً وباطناً . فلو قال : بَعْتُكَها ، إنْ كَانَتْ لِي . أو : إنْ كُنْتُ أَذْنْتُ لك في شِرائِها بكذا ، فَقَدْ بَعْتُكَها . ففِي صِحَّتِهِ وَجْهَان . وأُطْلِقَهُما في «المُعْنَى» ، و «الشرح» ، و «الفروع» ، و «القواعد» ؛ أَحَدُهُما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ بَيْعٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . اخْتَارَهُ القاضى . وقَدَّمَهُ في «الرَّعايَةِ الكُبْرَى» . والوَجْهُ الثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ هَذَا واقِعٌ يَغْلُمَانُ وُجُودَهُ ، فلا يَضُرُّ جَعْلُهُ شَرْطًا ، كما لو قال : بَعْتُكَ هذه الأَمَةَ . إنْ كَانَتْ أَمَةً . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وهو اِحْتِمَالٌ في «الكافي» ، ومالٌ إليه هو ، وصاحِبُ «القواعد» . وكذا كُلُّ شَرْطٍ عِلْمًا [١٥٤ / ٢] وُجُودَهُ ، فَإِنَّهُ لا يُوجِبُ وُقُوفَ البَيْعِ ، ولا يُؤَثِّرُ فِيهِ شَكًّا أَصْلًا . وقد ذَكَرَ ابنُ عَقِيلٍ في «الفُصولِ» ، أَنَّ أَصْلَ هَذَا قولُهُم في الصَّوْمِ : إنْ كان غَدًا مِنْ رَمَضانَ ، فهو فَرَضِي ، وإلَّا فَفَنَلْ . وذَكَرَ في «التَّبَصُّرَةِ» ، أَنَّ التَّصَرُّفَاتِ كالبَيْعِ نَسَاءٌ . انتهى .

تنبيه : لو امْتَنَعَ مِنْ بَيْعِها مَنْ هِيَ له في الباطِنِ ، رَفَعَ الأمرُ إلى الحاكمِ ؛ لِيَرْفُقَ بِهِ لِيَبْعَهُ إِياها ، لِيُثَبَّتَ لَهُ المِلْكُ ظاهراً وباطناً ، فإنْ امْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، وله يَبْعُها

(١ - ١) سقط من ق ، وفي م : « بغير » .

اِسْتَحْلَالَهَا ، اَشْتَرَاهَا مِمَّنْ هِيَ لَهُ فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ بَيْعِهِ إِثَابَهَا ، رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لِيَرْفُقَ بِهِ لِبَيْعِهِ إِثَابَهَا ، لِيَثْبُتَ الْمِلْكُ لَهُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَيَصِيرَ مَا ثَبَتَ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ثَمَنًا قِصَاصًا بِالَّذِي ^(١) أَخَذَ مِنْهُ الْآخَرُ ظُلْمًا ، فَإِنْ اِمْتَنَعَ الْآخَرُ مِنَ الْبَيْعِ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُرَاضَاةٍ . فَإِنْ قَالَ لَهُ : إِنْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ لِي فَقَدْ بَعْتُكَهَا . أَوْ قَالَ الْمُوَكَّلُ : إِنْ كُنْتُ أَذِنْتُ لَكَ فِي شِرَائِهَا بِالْفَيْنِ ^(٢) فَقَدْ بَعْتُكَهَا . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ . وَالثَّانِي يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ وَاقِعٌ يَعْلَمَانِ وُجُودَهُ ، فَلَا يَضُرُّ ^(٣) جَعْلُهُ شَرْطًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ كَانَتْ هَذِهِ الْجَارِيَةُ جَارِيَةً ، فَقَدْ بَعْتُكَهَا . وَكَذَلِكَ كُلُّ شَرْطٍ عَلِيمًا وَوُجُودَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يُوجِبُ وَقُوفَ الْبَيْعِ وَلَا شَكَا فِيهِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ اشْتَرَى فِي الذَّمَّةِ ، ثُمَّ نَقَدَ الثَّمَنَ ، صَحَّ الشَّرَاءُ ، وَلَزِمَ الْوَكِيلُ فِي الظَّاهِرِ ، فَأَمَّا فِي الْبَاطِنِ ، فَإِنْ كَانَ كَاذِبًا فِي دَعْوَاهُ فَالْجَارِيَةُ ^(٤) لَهُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَاهَا فِي ذِمَّتِهِ بغيرِ أَمْرِ الْمُوَكَّلِ ، وَإِنْ كَانَ صَادِقًا فَالْجَارِيَةُ ^(٥) لِمُوكِّلِهِ .

لَهُ وَلِغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُصُولِ » : وَلَا يَسْتَوْفِيهِ مَنْ تَحْتَ يَدِهِ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ . قَالَ الْأَزْجِيُّ : وَقِيلَ : يَبِيعُهُ ، وَيَأْخُذُ مَا غَرَمَهُ مِنْ ثَمَنِهِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : الصَّحِيحُ ، أَنَّهُ لَا يَحِلُّ . وَهَلْ تُقَرَّرُ يَدُهُ ، أَوْ يَأْخُذُهَا الْحَاكِمُ كَمَا لِي ضَائِعٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . انْتَهَى . وَإِنْ اشْتَرَاهَا فِي الذَّمَّةِ ، ثُمَّ نَقَدَ الثَّمَنَ ، فَالْبَيْعُ

(١) فِي م : « بِالْثَمَنِ الَّذِي » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « بِالْذِّمَنِ » .

(٣) فِي م : « يَصِحُّ » .

(٤ - ٥) سَقَطَ مِنْ م .

فإذا أراد إخلالها توصل إلى شرائها منه ، كما ذكرنا . وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل ، فقد حصلت في يد الوكيل ، وهي للموكل ، وفي ذمته ثمنها للوكيل^(١) ، فأقرب الوجوه أن يأذن للحاكم في بيعها ، وتوفية حقه من ثمنها ، فإن كانت للوكيل^(٢) ، فقد بيعت بإذنه ، وإن كانت للموكل ، فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع [١٤٨/٤] المدين من وفائه . وقد قيل غير ما ذكرنا . وهذا أقرب ، إن شاء الله تعالى . وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بما له على الموكل ، جاز ؛ لأنه قائم مقام الموكل في ذلك ، أشبه ما لو اشترى منه .

فصل : ولو وكله في بيع عبد ، فباعه نسيئة ، فقال الموكل : ما أذنت في بيعه إلا نقداً . فصدقه الوكيل والمشتري ، فسد البيع ، وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً ، وبقيمته إن تلف . فإن أخذ القيمة من الوكيل ، رجع على المشتري بها ؛ لأن التلف في يده ، فاستقر الضمان

صحيح ، ويلزم الوكيل في الظاهر . فأما في الباطن ؛ فإن كان كاذباً في دعواه ، فالجارية له ، وإن كان صادقاً ، فالجارية لموكله ، فإن أراد إخلالها ، توصل إلى شرائها منه كما ذكرنا أولاً . وكل موضع كانت للموكل في الباطن ، وامتنع من بيعها للوكيل ، فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل ، وفي ذمته ثمنها للوكيل . فأقرب الوجوه ، أن يأذن الحاكم في بيعها ، ويوفيه حقه من ثمنها ،

(١) في م : في الوكيل .

(٢) في الأصل : له .

عليه ، وإن أخذها من المشتري ، لم يرجع بالضمان على أحد . وإن كذّباه ، وادّعى أنه أذن في البيع نسيئة ، فعلى قول القاضى ، يخلف المؤكل ، ويرجع في العين إن كانت قائمة ، وإن كانت تالفة ، رجع «بقيمتها على من شاء منهما ، فإن رجع على المشتري ، رجع» المشتري على الوكيل بالثمن الذى أخذه منه ؛ لأنه لم يسلم له المبيع^(١) ، وإن ضمن الوكيل ، لم يرجع على المشتري في الحال ؛ لأنه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن ، وأن البائع ظلّمه بالرجوع عليه ، وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الأجل ، فإذا حلّ الأجل ، رجع الوكيل على المشتري بأقلّ الأمرين من القيمة أو الثمن المسمى ؛ لأن القيمة إن كانت أقل ، فما غرم أكثر منها ، فلم يرجع بأكثر مما غرم ، وإن كان الثمن أقل ، فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه ، وأن المؤكل ظلّمه بأخذ الزائد على الثمن ، فلا يرجع على المشتري بما ظلّم به المؤكل . وإن كذّبه أحدهما دون الآخر ، فله الرجوع على المصدق بغير يمين ، ويخلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه . هذا إن اعترف المشتري بالوكالة ، وإن أنكر ذلك ، وقال : إنما بعثني ملكك ، فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكيلا ولا يرجع عليه بشيء .

فإن كانت للوكيل ، فقد بيعت بإذنه ، وإن كانت للموكل ، فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه . قال المصنف ، والشارح : وقد قيل غير

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في ر ، م : : المنع .

فصل : إذا قبض الوكيل ثمن المبيع ، فهو أمانة في يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخيره ؛ لأنه رضى به كونه في يده . فإن طلبه فأخر رده مع إمكانه فتلف ، ضمنه . وإن وعد رده ، ثم ادعى إني كنت رددته قبل طلبه ، أو أنه كان تلف ، لم يقبل قوله ؛ لأنه مكذب لنفسه بوعد رده . فإن صدقه المؤكل ، برئ ، وإن كذبه ، فالقول قول المؤكل . فإن أقام الوكيل ^(١) بيته بذلك ، قبلت في أحد الوجهين ؛ لأنه يبرأ بتصديق المؤكل ، فكذلك إذا قامت له بيته ؛ لأن البيته إحدى الحجتين ، فبرئ بها ^(٢) ، كالإقرار . والثاني ، لا يقبل ؛ لأنه كذبها بوعد بالدفع [١٤٨/٤ ظ] ، بخلاف ما إذا صدقه ؛ لأنه أقر ببراءته ، فلم يبق له منازع . وإن لم يعده برده ، لكن منعه أو مطله مع إمكانه ، ثم ادعى الرد أو التلف ، لم يقبل قوله إلا ببيته ؛ لأنه صار بالمنع خارجاً عن حال الأمانة ، وتسمع بيته ؛ لأنه لم يكذبها .

ذلك . وهذا أقرب ، إن شاء الله تعالى . وإن اشترها الوكيل من الحاكم بما له على المؤكل ، جاز . وقال الأزرقي : إن كان الشراء في الذمة ، وادعى أنه يتنازع بمال الوكالة ، فصدقه البائع أو كذبه ، فقبل : يئطل ، كالموكل كان الثمن معيناً ، وكقوله : قبل النكاح لفلان الغائب . فينكر الوكالة . وقيل : يصح ، فإذا حلف المؤكل ما أذن له ، لزم الوكيل .

(١) سقط من : م .

(٢) في ر ، ق : منها .

وَأِنْ قَالَ : وَكَلَّتْنِي أَنْ أَتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةً ، فَفَعَلْتُ . وَصَدَّقْتُهُ الْمَرْأَةَ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ بِغَيْرِ يَمِينٍ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْوَكِيلَ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٢٠٣٣ - مسألة : (وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتَ لِي أَنْ أَتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةً ، فَفَعَلْتُ . وَصَدَّقْتُهُ الْمَرْأَةَ ، فَأَنْكَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ بِغَيْرِ يَمِينٍ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْوَكِيلَ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَكِيلَ وَالْمُوَكَّلَ إِذَا اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الْوَكَالَةِ ، فَقَالَ : وَكَلَّتْنِي . فَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْوَكَالَةِ ، وَلَمْ يُثْبِتْ أَنَّهُ أَمِينُهُ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : وَكَلَّتُكَ ، وَدَفَعْتُ إِلَيْكَ مَالًا . فَأَنْكَرَ الْوَكِيلُ ذَلِكَ كُلَّهُ ، أَوْ اعْتَرَفَ بِالتَّوَكُّلِ ، وَأَنْكَرَ دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لآخر : وَكَلَّتْنِي أَنْ أَتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةً ، فَفَعَلْتُ . وَادَّعَتْ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ ، فَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ ، وَإِلَّا فَلَا يَلْزَمُ الْآخَرَ عَقْدُ النِّكَاحِ . قَالَ أَحْمَدُ : وَلَا يُسْتَحْلَفُ . قَالَ

قوله : وَإِنْ قَالَ : وَكَلَّتْنِي أَنْ أَتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةً ، فَفَعَلْتُ . وَصَدَّقْتُهُ الْمَرْأَةَ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ - نَصٌّ عَلَيْهِ - بِغَيْرِ يَمِينٍ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ : لَا يُسْتَحْلَفُ . قَالَ الْقَاضِي : لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَدَّعِي حَقًّا لغيرِهِ . فَأَمَّا إِنْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ تُسْتَحْلَفَ ؛ لِأَنَّهَا تَدَّعِي الصَّدَاقَ فِي ذِمَّتِهِ . وَقَالَ الْأَصْحَابُ بَعْدَهُ . وَهُوَ صَحِيحٌ .

قوله : وَهَلْ يَلْزَمُ الْوَكِيلَ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقُهُمَا فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْفُصُولِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ،

القاضي : لأنَّ الوكيلَ يدَّعي حَقًّا لغيره . فأما إن ادَّعته المرأة ، فينبغي أن يُستحلفَ ؛ لأنها تدَّعي الصَّدَاقَ في ذِمَّتِهِ ، فإذا حلفَ ، لم يلزمه الصَّدَاقُ ، ولم يلزم الوكيلَ منه شيءٌ ؛ لأنَّ دَعْوَى المرأةِ على الموكَّلِ ، و حقوقُ العقدِ لا تتعلَّقُ بالوكيلِ . ونقل إسحاقُ بنُ إبراهيمَ عن أحمدَ ، أنَّ الوكيلَ يلزمه نصفُ الصَّدَاقِ ؛ لأنَّ الوكيلَ في الشِّراءِ ضامنٌ للثمنِ ، وللبيعِ مُطالبتهُ به^(١) ، كذا ههنا . ولأنَّه فرطَ حيث لم يُشهدْ على الزوجِ بالعقدِ والصَّدَاقِ . والأوَّلُ أولى ؛ لما ذكرناه . ويُفارقُ الشِّراءَ ؛ لأنَّ الثمنَ مقصودُ البائعِ ، والعادةُ تعجيله وأخذه من المتولَّى للشِّراءِ ، والنِّكاحُ يُخالفه في هذا كله . فإن كان الوكيلُ ضَمِنَ المهرَ ، فلها الرجوعُ عليه بنصفه ؛ لأنه ضَمِنَه عن^(٢) الموكَّلِ ، وهو مقرٌّ بأنه في ذِمَّتِهِ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي . وقال محمدُ بنُ الحسنِ : يلزم الوكيلَ جميعُ الصَّدَاقِ ؛ لأنَّ الفرقةَ لم تقعْ بإنكاره ، فيكون ثابتاً في

و « الخلاصة » ، و « المغنى » ، و « الهادى » ، و « شرح ابن منجى » ، و « الفائق » ، و « المحرر » ، و « شرحه » ؛ إحداهما ، لا يلزمه . وهو المذهب . صحَّحه في « التَّصحيح » ، و « تَصحيح المُحرَّر » ، والمُصنِّفُ ، والشارحُ . وجزم به في « الوجيز » . وقدمه في « الكافي » . والروايةُ الثانيةُ ، يلزمه . وقدمه في « الرِّعَايَتَيْن » ، و « الحاويَيْن » . وجزم به ابنُ رزِينِ في « نَهائِهِ » ، و « نَظْمِهَا » . وصحَّحه في « التَّظْمِ » .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

الباطن ، فيجب جميعه . ولنا ، أنه يملك الطلاق ، فإذا أنكر ، فقد أقرّ بتحرّيمها عليه ، فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرّم به . قال أحمد : ولا تزوّج المرأة حتى يطلق ، لعله يكون كاذباً في إنكاره . وظاهر هذا تحرّم نكاحها قبل طلاقها ؛ لأنها معترفة بأنّها زوجة له ، فيؤخذ بإقرارها ، وإنكاره ليس بطلاق . وهل يلزم الموكّل [١٤٩/٤] طلاقها ؟ فيه احتمالان ؛ أحدهما ، لا يلزم ؛ لأنه لم يثبت في حقه نكاح ، ولو ثبت لم يكلف الطلاق . ويحتمل أن يلزمه ؛ لإزالة الاحتمال ، وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه ، فأشبهه النكاح الفاسد . ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر ؛ لأنه لم يثبت صداقها^(١) فترث ، وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها . ولو ادعى أن فلاناً الغائب وكله^(٢) في تزوّج امرأة ، فترّجّحها له ، ثم مات الغائب ، لم ترثه المرأة إلا بتصديق الورثة أو يثبت بيّنة . وإن أقرّ الموكّل بالتوكيل في التزويج ، وأنكر أن يكون الوكيل^(٣) تزوّج له ، كان القول

فوائد ؛ الأولى ، يلزم الوكيل تطليقها . على الصحيح من المذهب . صحّحه في « النظم » . وقدمه في « الرعايتين » ، و « الحاويين » . وقيل : لا يلزمه . وهما احتمالان مطلقان^(٤) في « المعنى » ، و « الشرح » . الثانية ، لو اتفق على أنه وكله في النكاح ، فقال الوكيل : تزوّجت لك . وأنكره الموكّل ، فالقول قول

(١) في ر ، ق : « صدقها » .

(٢) في م : « وكيله » .

(٣) سقط من م .

(٤) في الأصل ، ط : « مطلقاً » .

قَوْلَ الْوَكِيلِ فِيهِ ، فَيُثْبِتُ التَّزْوِيجُ هُنَا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَثْبُتُ . وَهُوَ قَوْلُ أُمِّي حَنِيفَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَعَدُّرُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، لَكَوْنِهِ لَا يَتَعَقَّدُ إِلَّا بِهَا . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ . وَأَشَارَ إِلَى نَصِّهِ فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ الْوَكَالََةَ مِنْ أَصْلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي فِعْلِ الْوَكِيلِ مَا أُمِرَ^(١) بِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ ثَوْبٍ ، فَادَّعَى بَيْعَهُ ، أَوْ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ ، فَادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِهِ . وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي مِنْ نَصِّ أَحْمَدَ^(٢) فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ^(٣) الْوَكَالََةَ ، فَلَيْسَ بِنَصٍّ هُنَا ؛ لِاخْتِلَافِ أَحْكَامِ الصُّورَتَيْنِ وَتَبَايُنِهِمَا ، فَلَا يَكُونُ النَّصُّ فِي إِحْدَاهُمَا نَصًّا فِي الْأُخْرَى . وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْمَعْنَى لَا أَصْلَ لَهُ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ .

الْوَكِيلِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَاوِي الْكَبِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَعَنْهُ ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ ؛ لِاشْتِرَاطِ الْبَيِّنَةِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » : قُبِلَ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ فِي الْأَقْيَسِ . وَذَكَرَهُ فِي « التَّلْخِصِ » ، وَ « التَّرْغِيبِ » ، عَنْ أَصْحَابِنَا ، كَأَصْلِ الْوَكَالََةِ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، يَلْزَمُ الْمُوَكَّلُ طَلَاقُهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، كَالأُولَى . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، لَا يَلْزَمُ الْوَكِيلَ نَصْفُ الْمَهْرِ إِلَّا بِشَرْطٍ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ قَالَ : وَكَلَّتْنِي فِي بَيْعٍ كَذَا . فَأَنْكَرَ الْمُوَكَّلُ ، وَصَدَّقَ الْبَائِعُ ، لَزِمَ وَكِيلُهُ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَظَاهِرُ كَلَامِ

(١) فِي م : « أَمَرَهُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْوَكِيلِ » .

فصل : ولو غاب رجل ، فجاء رجل إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد نكاحها بالثمن ، فأذنت في نكاحها ، فعقد عليها ، وضمن الوكيل الألف ، ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله ، فالقول قوله ، والنكاح الأول بحاله . وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل ، لزمه الألف إلا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها . وحكى ذلك عن مالك ، وزفر . وحكى عن أبي حنيفة ، والشافعي ، أنه لا يلزم الضامن شيء ؛ لأنه فرع على المضمون عنه ، والمضمون عنه لا يلزمه شيء ، فكذلك فرعه . ولنا ، أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه ، وأنه ضامن عنه ، فلزمه ما أقر به ، كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ^(١) ألفاً على أجنبي ، فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه ، ^(٢) وأنكره المضمون عنه . وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه ، فأقر البائع وأنكره المشتري ، فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح

غيره ، أنه كمهر ، أو لا يلزمه شيء ؛ لعدم تفريطه بترك البيعة . قال : وهو أظهر . الرابعة ، قوله : فلو قال : بع ثوبي بعشرة ، فما زاد ، فلك . صح . نص عليه . قال الإمام أحمد : هل هذا إلا كالمضاربة ؟ واحتج له بقول ابن عباس ، يعني ، أنه أجاز ذلك ، وهو من مفردات المذهب . لكن لو باعه نسيئة بزيادة ؛ فإن قلنا : لا يصح البيع . فلا كلام . وإن قلنا : يصح . استحق الزيادة . جزم به في « الفروع » وغيره . الخامسة ، يستحق الجعل قبل قبض الثمن ، ما لم يشترط

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م . وفي الأصل : « وأنكره المضمون » .

وَيَجُوزُ التَّوَكُّلُ بِجُعْلٍ وَبِغَيْرِهِ ، فَلَوْ قَالَ : بَعْتُ ثَوْبِي بِعَشْرَةٍ ، فَمَا زَادَ الْمَقْنَعُ فَلَكَ . صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير . الوجهين . فإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره التوكيل ، فلا شيء عليه . ويحتمل أن من أسقط [١٤٩/٤ ظ] عنه الضمان ، أسقطه في هذه الصورة ، ومن أوجب أوجه في الصورة الأخرى ، فلا يكون بينهما اختلاف . والله أعلم .

٢٠٣٤ - مسألة : (ويجوز التوكيل بجعل وبغيره ، فلو قال : بَعْتُ ثَوْبِي بِعَشْرَةٍ فَمَا زَادَ فَلَكَ . صَحَّ) (« وَاسْتَحَقَّ الزِّيَادَةَ ») (نَصَّ عَلَيْهِ) رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ سِيرِينَ ، وَإِسْحَاقَ . وَكَرِهَهُ النَّخَعِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ أَجْرٌ مَجْهُولٌ يَحْتَمِلُ الوجودَ « وَالْعَدَمَ » . وَلَنَا أَنَّ عَطَاءَ رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بِذَلِكَ ^(٢) بَأْسًا ، أَنَّ يُعْطِيَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ الثَّوْبَ أَوْ غَيْرَهُ ، فَيَقُولُ : بَعُهُ بِكَذَا ، فَمَا زِدْتَهُ فَهُوَ لَكَ . وَلَا يُعْرَفُ لَهُ فِي عَصَرِهِ

عليه المؤكل . جزم به في « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » . [١٥٥ / ٢ و] وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهَلْ يَسْتَحَقُّ الْمُجْعَلُ قَبْلَ تَسْلِيمِ ثَمَنِهِ ؟ يَتَوَجَّهُ فِيهِ خِلَافٌ . السَّادِسَةُ ، يَجُوزُ تَوَكُّلُهُ بِجُعْلٍ مَعْلُومٍ أَيْامًا مَعْلُومَةً ، أَوْ يُعْطِيهِ ^(٣) مِنَ الْآلِفِ شَيْئًا مَعْلُومًا ، لَا مِنْ كُلِّ ثَوْبٍ كَذَا ، لَمْ يَصِفْهُ ، وَلَمْ يُقَدِّرْ ثَمَنَهُ فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَلَهُ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، وَإِنْ عَيَّنَ الثَّيَابَ الْمُعَيَّنَةَ فِي بَيْعِهِ ، أَوْ شِرَائِهِ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، ط : « بَعْضُهُ » . انظر الفروع ٣٧٢ / ٤ .

مُخَالَفٌ ، فكان إجماعاً ، ولأنَّهَا عَيْنٌ تُنَمَّى بِالْعَمَلِ عَلَيْهَا ، أَشْبَهَ دَفَعَ مَالِهِ مُضَارَبَةً (١) «لأنَّه تَصَرَّفَ لغيره لا يُلْزَمُهُ ، فهو كَرَدِّ الْآبِقِ» . إذا ثَبَتَ ذلك ، فإذا باعَهُ بزيادةٍ ، فهي له ؛ لأنَّه جَعَلَهَا له ، وإن باعَهُ بما عَيْنَهُ ، فلا شيءَ له ؛ لأنَّه جَعَلَ له الزِّيَادَةَ ، ولا زِيَادَةَ ، فهو كالمُضَارِبِ إذا لم يَرْبُحْ . وإن باعَهُ بِنَقْصٍ ، فعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لِمُخَالَفَتِهِ ، فإن تَعَذَّرَ ، ضَمِنَ النِّقْصَ . وعنه ، يَصِحُّ ، وَيَضْمَنُ النِّقْصَ . وقد ذَكَرْنَا ذلك . وإن باعَهُ نَسِيئَةً ، لم يَصِحَّ ، ولا يَسْتَحِقُّ الْوَكِيلُ شَيْئاً (٢) وإن باعَهُ بزيادةٍ . نَصَّ عليه أحمدٌ في رواية الأثرَمِ . وَيَجُوزُ بغيرِ جُعْلٍ . بغيرِ خِلافٍ . فإذا وَكَّلَهُ بِجُعْلٍ ، فباع ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ؛ لِتَحَقُّقِ الْبَيْعِ قَبْلَ قَبْضِهِ . فإن قال في التَّوَكُّيلِ : فإذا سَلَّمْتَ إِلَى الثَّمَنِ فلك كذا . وَقَفَ اسْتِحْقَاقُهُ عَلَى التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ ؛ لِاشْتِرَاطِهِ إِيَّاهُ . نَصَّ عَلَيْهِ .

فصل : إذا وَكَّلَهُ في شِرَاءِ شَيْءٍ فاشْتَرَى غَيْرَهُ ، مثل أن يُوَكَّلَهُ في شِرَاءِ عَبْدٍ فَيَشْتَرِي جَارِيَةً ، فإن كان الشُّرَاءُ بَعَيْنِ مَالِ الْمُوَكَّلِ ، فالبَيْعُ (٣) باطلٌ في أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وعن أحمد ، أَنَّهُ

مِنْ مُعَيَّنٍ ، ففى الصُّحَّةِ خِلافٌ . قاله في « الفروع » . السَّابِعَةُ ، لا يَصِحُّ التَّوَكُّيلُ بِجُعْلٍ مَجْهُولٍ ، وَلَكِنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ بِالْإِذْنِ ، وَيَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « الشراء » .

صَحِيحٌ^(١) ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ ، فَإِنْ أَجَازَهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا بَطُلَ .
 وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . فَإِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ
 فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَ الثَّمَنَ ، فَالشُّرَاءُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اشْتَرَى بِثَمَنٍ فِي ذِمَّتِهِ ،
 وَلَيْسَ ذَلِكَ مِلْكًا لغيرِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَصِحُّ ، فِي أَحَدٍ
 الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى أَنَّهُ لِلْمُوكَّلِ وَلَمْ يَأْذَنْ فِيهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ
 اشْتَرَى بَعَيْنٍ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ
 لَمْ يَتَوَهَّ لغيرِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الشُّرَاءُ
 لَزِمَ لِلْمُشْتَرَى . وَهُوَ الْوَجْهُ الثَّانِي لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى فِي
 ذِمَّتِهِ بغيرِ^(٢) إِذْنٍ غَيْرِهِ^(٣) ، فَكَانَ الشُّرَاءُ لَهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَوَهَّ لغيرِهِ . وَالثَّانِيَةُ ،
 يَقِفُ [١٥٠/٤] عَلَى إِجَازَةِ الْمُوكَّلِ^(٣) ، إِنْ أَجَازَهُ ، لَزِمَهُ ، وَإِنْ لَمْ
 يُجِزْهُ ، لَزِمَ الْوَكِيلَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَلْزَمَ الْمُوكَّلُ ؛ لَكَوْنِهِ لَمْ يَأْذَنْ فِي
 شِرَائِهِ ، وَلَزِمَ الْوَكِيلَ ؛ لِأَنَّ الشُّرَاءَ صَدَرَ مِنْهُ وَلَمْ يَثْبُتْ لغيرِهِ ، فَثَبَتَ فِي
 حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ . وَهَكَذَا ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ . وَهَذَا حُكْمُ كُلِّ مَنْ
 اشْتَرَى شَيْئًا فِي ذِمَّتِهِ لغيرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، سَوَاءً كَانَ وَكِيلًا لِلَّذِي قَصَدَ الشُّرَاءُ
 لَهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ .

فصل : فَإِنْ وَكَّلَهُ فِي أَنْ يَتَزَوَّجَ لَهُ امْرَأَةً ، فَتَزَوَّجَ لَهُ غَيْرَهَا ، أَوْ تَزَوَّجَ
 لَهُ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ بِكُلِّ حَالٍ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ

(١) فِي م : « يَصَحُّ » .

(٢ - ٣) فِي م : « إِذْنُهُ » .

(٣) فِي ر ، ق ، ر ، ١ : « مَنْ اشْتَرَى لَهُ » .

الشافعي ؛ لأنَّ من شرط صحة النكاح^(١) ذكر الزوج ، فإذا كان بغير إذنه ، لم يقع له ولا للوكيل ؛ لأنَّ المقصود أعيان الزوجين ، بخلاف البيع ، فإنه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له . والثانية ، يصح النكاح ، ويقف على إجازة المتزوج ، فإن أجازته ، صح ، وإلا بطل . وهذا مذهب أبي حنيفة . والقول فيه كالقول في البيع . على ما تقدّم .

فصل : قال القاضي : إذا قال لرجل : اشتري لي بدني عليك طعاما . لم يصح . ولو قال : أسلف لي ألفا من مالك^(٢) في كُرّ طعام . ففعل ، لم يصح أيضا ؛ لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان بماله ما يملكه غيره . وإن قال : اشتري لي في ذمتك . أو قال : أسلف لي ألفا في كُرّ طعام ، وأقض الثمن عني من مالك . أو : من الدين الذي عليك . صح ؛ لأنه إذا اشترى في الذمة ، حصل الشراء للموكل ، والثمن عليه ، فإذا قضاه من الدين الذي عليه ، فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه ، وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه ، صار قرضا عليه .

فصل : قال أحمد ، في رواية أبي الحارث ، في رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولا يقبضها ، فبعث إليه مع الرسول دينارا ، فضا مع الرسول : فهو من مال الباعث ؛ لأنه لم يأمره بمصارفته ، إنما كان

(١) في م : « عقد النكاح » .

(٢) في م : « ملكك » .

مِنْ ضَمَانِ الْبَاعِثِ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَى الرَّسُولِ غَيْرَ مَا أَمَرَهُ بِهِ الْمُرْسِلُ ؛ لِأَنَّ الْمُرْسِلَ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِقَبْضِ الدَّرَاهِمِ ، وَلَمْ يَدْفَعْهَا ، إِنَّمَا دَفَعَ دِينَارًا^(١) عَوَضًا عَنْهَا^(٢) ، وَهَذَا صَرَفٌ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ صَاحِبِ الدِّينِ^(٣) وَلَمْ يَأْذَنْ ، فَصَارَ الرَّسُولُ وَكِيلاً لِلْبَاعِثِ فِي تَأْذِينِهِ إِلَى صَاحِبِ الدِّينِ^(٤) وَمُصَارَفَتِهِ بِهِ ، فَإِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ وَكَيْلَهُ ، كَانَ مِنْ ضَمَانِهِ ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُخْبِرَ الرَّسُولُ الْغَرِيمَ أَنَّ رَبَّ الدِّينِ أَذِنَ لَهُ فِي قَبْضِ الدِّينَارِ عَنِ الدَّرَاهِمِ ، فَيَكُونُ مِنْ ضَمَانِ الرَّسُولِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ وَأَخَذَ الدِّينَارَ عَلَى أَنَّهُ وَكِيلٌ لِلْمُرْسِلِ . وَإِنْ قَبَضَ الدَّرَاهِمَ الَّتِي أُمِرَ بِقَبْضِهَا ، فَضَاعَتْ مِنَ الرَّسُولِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، فَهِيَ مِنْ ضَمَانِ صَاحِبِ [١٥٠/٤] الدِّينِ . وَقَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا ، فِي رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ آخَرَ دَنَانِيرُ وَثِيَابٌ ، فَبَعَثَ إِلَيْهِ رَسُولًا ، وَقَالَ : خُذْ دِينَارًا وَ^(٥) ثَوْبًا . فَأَخَذَ دِينَارَيْنِ وَثَوْبَيْنِ ، فَضَاعَتْ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْبَاعِثِ . يَعْنِي الَّذِي أَعْطَاهُ الدِّينَارَيْنِ وَالثَّوْبَيْنِ . وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الرَّسُولِ . يَعْنِي عَلَيْهِ ضَمَانُ الدِّينَارِ وَالثَّوْبِ الزَّائِدَيْنِ ، إِنَّمَا جَعَلَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهُمَا إِلَى مَنْ لَمْ يُؤْمَرْ بِدَفْعِهِمَا إِلَيْهِ ، وَرَجَعَ بِهِمَا عَلَى الرَّسُولِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، وَحَصَلَ التَّلَفُ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَلِلْمُوكَّلِ تَضْمِينُ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّى

(١) فِي الْأَصْلِ : « دَنَانِيرُ » .

(٢) فِي م : « عَنْهُ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ م : .

(٤) فِي ١ ، م : « أَوْ » .

بَقْبُضٍ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِقَبْضِهِ . فَإِذَا ضَمِنَتْهُ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ وَكَّلَ وَكِيلاً فِي اقْتِضَاءِ دَيْنِهِ ، وَغَابَ ، فَأَخَذَ الْوَكِيلُ بِهِ رَهْنًا ، فَتَلَفَ الرَّهْنُ فِي يَدِ الْوَكِيلِ ، فَقَالَ : أَسَاءَ الْوَكِيلُ فِي أَخْذِ الرَّهْنِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . إِنَّمَا لَمْ يُضْمِنَهُ الرَّهْنُ^(١) ؛ لِأَنَّهُ رَهْنٌ فَاسِدٌ ، وَالْقَبْضُ فِي الْعَقْدِ الْفَاسِدِ كَالْقَبْضِ فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَمَا كَانَ الْقَبْضُ فِي صَحِيحِهِ مَضْمُونًا ، كَانَ مَضْمُونًا فِي فَاسِدِهِ ، وَمَا كَانَ غَيْرَ مَضْمُونٍ فِي صَحِيحِهِ ، كَانَ غَيْرَ مَضْمُونٍ فِي فَاسِدِهِ . وَنَقَلَ الْبَغَوِيُّ عَنْ أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ أُعْطِيَ آخَرَ دَرَاهِمَ لِيَشْتَرِيَ لَهُ بِهَا شَاةً فَخَلَطَهَا مَعَ دَرَاهِمِهِ ، فَضَاعَا ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَإِنْ ضَاعَ أَحَدُهُمَا ، أَثِمَهُمَا ضَاعَ غَرْمَهُ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ خَلَطَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي خَلَطِهَا . أَمَّا إِنْ خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ضَمِنَهَا ، كَالْوَدِيعَةِ . وَإِنَّمَا لَزِمَهُ الضَّمَانُ إِذَا ضَاعَ أَحَدُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ الضَّائِعَ دَرَاهِمُ الْمُوَكَّلِ ، وَالْأَصْلُ بَقَاؤُهَا . وَمَعْنَى الضَّمَانِ هَهُنَا ، أَنَّهُ يَحْسُبُ الضَّائِعَ مِنْ دَرَاهِمِ نَفْسِهِ . فَأَمَّا عَلَى الْمَحْمَلِ^(٢) الْآخَرِ ، وَهُوَ إِذَا خَلَطَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، فَإِذَا ضَاعَتْ دَرَاهِمُ الْمُوَكَّلِ وَحْدَهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا ضَاعَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ مِنْهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « المحمول » .

فصل : فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِإِنْسَانٍ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ وَكِيلُ صَاحِبِهِ فِي قَبْضِهِ ، فَصَدَّقَهُ ، لَمْ يَلْزَمَهُ الدَّفْعُ [١٢٢ ط] إِلَيْهِ .

فصل : قال أحمدُ ، في روايةٍ مُهْتَأ : [١٤٤/٤ و] إِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ ثَوْبًا لِبَيْعِهِ ، ففَعَلَ ، فَوَهَبَ لَهُ الْمُشْتَرِي مِنْدِيلًا ، فَاَلْمَنْدِيلُ لَصَاحِبِ الثَّوْبِ . إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ لِأَنَّ هَبَةَ الْمَنْدِيلِ سَبَبُهَا الْبَيْعُ ^(١) ، فَكَانَ الْمَنْدِيلُ زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ ، وَالزِّيَادَةُ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ تَلْحَقُ بِهِ .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِإِنْسَانٍ ، فَادَّعَى آخَرُ أَنَّهُ وَكِيلُ صَاحِبِهِ فِي قَبْضِهِ ، فَصَدَّقَهُ ، لَمْ يَلْزَمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ) إِلَّا أَنْ تَقُومَ بِهِ بَيِّنَةٌ . وَإِنْ لَمْ تَقُمْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، لَمْ يَلْزَمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ وَإِنْ صَدَّقَهُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَسَوَاءٌ كَانَ الْحَقُّ فِي ذِمَّتِهِ أَوْ وَدِيعَةً عِنْدَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزَمُهُ وَفَاءُ الدَّيْنِ إِنْ صَدَّقَهُ . وَفِي الْوَدِيعَةِ رِوَايَتَانِ ، أَشْهَرُهُمَا ، لَا يَجِبُ تَسْلِيمُهَا ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِحَقِّ الْأَسْتِيفَاءِ ، فَلَزِمَهُ [١٥١/٤ و] إِيْفَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ وَارِثُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَسْلِيمٌ لَا يُبْرِئُهُ ، فَلَا يَجِبُ ^(٢) ، كَمَا لَوْ كَانَ الْحَقُّ عَيْنًا ، وَكَمَا لَوْ أَقَرَّ بِأَنَّ هَذَا وَصِيُّ الصَّغِيرِ . وَفَارَقَ الْإِقْرَارَ بِكَوْنِهِ وَارِثُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ بَرَاءَتَهُ ، فَإِنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِسِوَاهُ .

قوله : فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِإِنْسَانٍ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ وَكِيلُ صَاحِبِهِ فِي قَبْضِهِ ، فَصَدَّقَهُ ، لَمْ يَلْزَمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ - بَلَا نِزَاعٍ ، كَذَعُو وَصِيَّةً - فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَانْكَرَ صَاحِبُ الْحَقِّ الْوَكَالََةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الدَّافِعِ .

(١) بعده في م : عليه .

المفنع وَإِنْ كَذَّبَهُ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ . فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَانْكَرَ صَاحِبُ الْحَقِّ الْوَكَالََةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ .

الشرح الكبير

٢٠٣٥ - مسألة : (وَإِنْ كَذَّبَهُ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ) وقال أبو حنيفة : يُسْتَحْلَفُ . وهذا مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي وُجُوبِ الدَّفْعِ مَعَ التَّصْدِيقِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ عَلَيْهِ ثُمَّ ، أَوْجَبَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ^(١) مَعَ التَّكْذِيبِ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَمَنْ لَمْ يُوجِبْ عَلَيْهِ الدَّفْعَ مَعَ التَّصْدِيقِ ، لَمْ يُلْزَمْهُ الْيَمِينَ مَعَ التَّكْذِيبِ ؛ لَعَدَمِ فائِدَتِهَا .

٢٠٣٦ - مسألة : (فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَانْكَرَ صَاحِبُ الْحَقِّ الْوَكَالََةَ ، وَحَلَفَ ، رَجَعَ عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ إِذَا دَفَعَهُ إِلَى الْوَكِيلِ مَعَ التَّصْدِيقِ أَوْ عَدَمِهِ ، فَحَضَرَ الْمُوَكَّلُ وَصَدَّقَ الْوَكِيلَ ، بَرَى الدَّافِعُ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ . فَإِذَا حَلَفَ

الإنصاف

وَحْدَهُ . فَإِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ وَدِيعَةً ، فَوَجَدَهَا ، أَخَذَهَا ، وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَلَهُ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَلَا يَرْجِعُ مَنْ ضَمِنَهُ عَلَى الْآخَرِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَمَتَى أَنْكَرَ رَبُّ الْحَقِّ الْوَكَالََةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الدَّافِعِ ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا ، وَهُوَ عَلَى الْوَكِيلِ ، مَعَ بَقَائِهِ أَوْ^(٢) تَعَدِّيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَدَّ فِيهِ ، مَعَ تَلْفِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الدَّافِعِ . وَإِنْ كَانَ عَيْنًا ، أَخَذَهَا ، وَلَا يَرْجِعُ مَنْ ضَمِنَهُ عَلَى الْآخَرِ . انتهى .

فائدة : متى لم يُصَدَّقِ الدَّافِعُ الْوَكِيلَ ، رَجَعَ عَلَيْهِ . ذَكَرَهُ الشَّيْخُ نَقِيُّ الدِّينِ وَفَاقًا ، وَقَالَ : مُجَرَّدُ التَّسْلِيمِ لَيْسَ تَصْدِيقًا . وَقَالَ : وَإِنْ صَدَّقَهُ ، ضَمِنَ أَيْضًا ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « الثَّمَنُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « وَ » . انظر الفروع ٤ / ٣٧٤ .

الشرح الكبير

وكان الحق دينا ، لم يرجع إلا على الدافع وحده ؛ لأن حقه في ذمته ، ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق ، والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق ، والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكا لصاحب الحق ، وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه ، فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ، ويكون قصاصا مما أخذ منه صاحب الحق ، وإن كان قد تلف في يد الوكيل ، لم يرجع عليه بشيء ؛ لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه ، إلا أن يتلف بتعديده وتفریطه ، فيرجع عليه .

الإنصاف

في أحد القولين ، في مذهب أحمد ، بل نصه ؛ لأنه إن لم يبين صدقه ، فقد غره . ولو أخبر بتوكيل ، فظن صدقه ، تصرف وضمن ، في ظاهر قوله . ذكره في « الفروع » . وقال الأزجي : إذا تصرف بناء على هذا الخبر ، فهل يضمن ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضي في « الخلاف » ؛ بناء على صحة الوكالة وعدمها ، وإسقاط التهمة في شهادته لنفسه . والأصل في هذا ، قبول الهدية إذا ظن صدقه ، وإذن الغلام في دخوله بناء على ظنه . ولو شهد بالوكالة اثنان ، ثم قال أحدهما : قد عزله . لم تثبت الوكالة . على الصحيح من المذهب . قال في « الفروع » : ويتوجه ، بلى ، كقوله بعد حكم الحاكم بصحتها ، وكقول واحد غيرهما . ولو أقاما الشهادة حسب بلا دعوى الوكيل ، فشهدا عند الحاكم ، أن فلانا الغائب وكل هذا الرجل في كذا ؛ فإن اعترف ، أو قال : ما علمت هذا ، وأنا أتصرف عنه ، ثبتت وكالته . وعكسه : ما أعلم صدقهما . فإن أطلق ، قيل : فسر .

المقنع وَإِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ وَدِيعَةً ، فَوَجَدَهَا ، أَخَذَهَا ، فَإِنْ تَلَفَتْ ، فَلَهُ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَلَا يَرْجِعُ مَنْ ضَمِنَهُ عَلَى الْآخَرِ .

الشرح الكبير

٢٠٣٧ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ وَدِيعَةً ، فَوَجَدَهَا ، أَخَذَهَا ، وَإِنْ تَلَفَتْ ، فَلَهُ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَلَا يَرْجِعُ مَنْ ضَمِنَهُ عَلَى الْآخَرِ) بشيءٍ إذا كان الْمَدْفُوعُ عَيْنًا فَوَجَدَهَا صَاحِبُهَا ، أَخَذَهَا ، وله مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ بِرَدِّهَا ؛ لِأَنَّ الدَّافِعَ دَفَعَهَا إِلَى غَيْرِ مُسْتَحِقِّهَا ، وَالْوَكِيلُ عَيْنُ مَالِهِ فِي يَدِهِ . فَإِنْ طَالَبَ الدَّافِعَ ، فَلِلدَّافِعِ مُطَالَبَةُ الْوَكِيلِ بِهَا وَأَخَذَهَا مِنْ يَدِهِ ؛ لِيُسَلِّمَهَا إِلَى صَاحِبِهَا . فَإِنْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ أَوْ تَعَذَّرَ رَدُّهَا ، فَلصَاحِبِهَا الرَّجُوعُ بِدَلِيلِهَا عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الدَّافِعَ ضَمِنَهَا بِالدَّفْعِ ، وَالْقَابِضُ قَبْضُ مَا لَا يَسْتَحِقُّ قَبْضَهُ . وَأَيُّهُمَا ضَمِنَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي أَنَّ مَا يَأْخُذُهُ ظُلْمٌ ، وَيُقَرُّ بِأَنَّهُ لَمْ يُوَجَدْ^(١) مِنْ صَاحِبِهِ تَعَدُّ ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِظُلْمٍ غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الدَّافِعُ دَفَعَهَا إِلَى الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ تَضَدِّيْقٍ ، فَيَرْجِعُ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لَكَوْنِهِ لَمْ يُقَرَّ بِوَكَالَتِهِ ، وَلَمْ تَتَبَّطَّ بَيِّنَةٌ . وَإِنْ ضَمِنَ الْوَكِيلُ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الدَّافِعِ وَإِنْ صَدَّقَهُ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ تَعَدَّى فِيهَا أَوْ فَرَّطَ [١٥١/٤ ط] اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَمِنَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ يُقَرُّ بِأَنَّهُ قَبْضُهُ قَبْضًا شَرْعِيًّا ، لَكِنْ إِنَّمَا لَزِمَهُ الضَّمَانُ لِتَفْرِيطِهِ وَتَعَدُّيهِ ، فَالدَّافِعُ يَقُولُ : ظَلَمَنِي الْمَالِكُ بِالرَّجُوعِ عَلَيَّ . وَلَهُ عَلَى الْوَكِيلِ حَقٌّ

الإيناف

(١) في م : « يؤخذ » .

وَأِنْ كَانَ ادَّعَى أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالَهُ بِهِ ، فَفِي وُجُوبِ الدَّفْعِ الْمَقْنَعِ إِلَيْهِ مَعَ التَّصَدِيقِ ، وَالْيَمِينِ مَعَ الْإِنْكَارِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

يَعْتَرِفُ بِهِ الْوَكِيلُ ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ .

٢٠٣٨ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ ادَّعَى أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالَهُ ، فَفِي وُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ مَعَ التَّصَدِيقِ ، وَالْيَمِينِ مَعَ الْإِنْكَارِ وَجْهَانِ) أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَيْهِ غَيْرُ مُبَرَّرٍ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يُنْكِرَ الْمُحِيلُ الْحَوَالَةَ وَيُضَمِّنَهُ ، فَأَشْبَهَ الْمُدَّعَى لِلْوَكَالَةِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ أَنَّ الْحَقَّ انْتَقَلَ إِلَيْهِ ، أَشْبَهَ الْوَارِثَ . وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ ؛ لِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي جَوَازِ مَنْعِ الْوَكِيلِ كَوْنُ الدَّفْعِ ^(١) لَا يُبَرَّرُ ، وَهِيَ مَوْجُودَةٌ هُنَا ، وَالْعِلَّةُ فِي وُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَى الْوَارِثِ كَوْنُهُ مُسْتَحَقًّا ، وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ يُبَرَّرُ ، وَهُوَ مُتَخَلِّفٌ ^(٢) هُنَا ، فَلِلْحَاقَةِ بِالْوَكِيلِ أَوْلَى . فَإِنْ قُلْنَا : يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ . لَزِمَتَهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَلْزَمُهُ الدَّفْعُ مَعَ التَّصَدِيقِ . لَمْ تَلْزَمْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ ؛ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ فِيهَا . وَمِثْلُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

قوله : وَأِنْ كَانَ ادَّعَى أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالَهُ بِهِ ، فَفِي وُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ مَعَ التَّصَدِيقِ ، وَالْيَمِينِ مَعَ الْإِنْكَارِ ، وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « عُقُودِ ابْنِ بَنَّا » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « التَّلْخِيسِ » ،

(١) فِي م : « الدَّافِع » .

(٢) فِي الْأَصْل : « مُخْتَلَف » .

المقنع وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ ، وَأَنَّهُ وَارِثُهُ ، لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ مَعَ التَّصَدِيقِ ،
وَالْيَمِينَ مَعَ الْإِنْكَارِ .

الشرح الكبير ٢٠٣٩ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ ، وَأَنَا وَارِثُهُ) فَصَدَّقَهُ أَنَّهُ

الإنصاف و « الْبُلْغَةُ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْحَاوِثِينَ » ، و « الْفُرُوعِ » ،
و « الْفَائِقِ » ، و « نِهَایَةِ ابْنِ رَزِينِ » ، و « نَظْمُهَا » ، و « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » ؛
أَحَدُهُمَا ، لَا يَجِبُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ مَعَ التَّصَدِيقِ ، وَلَا الْيَمِينَ مَعَ الْإِنْكَارِ ، كَالْوَكَّالَةِ .
قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : هَذَا أَوَّلَى . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : هَذَا أَشْبَهُ وَأَوَّلَى ؛
لَأَنَّ الْعِلَّةَ فِي وُجُودِ الدَّفْعِ إِلَى الْوَارِثِ ، كَوْنُهُ مُسْتَحَقًّا ، وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ مُبْرَأٌ ، وَهُوَ
مُتَخَلِّفٌ هُنَا ، وَإِلْحَاقُهُ بِالْوَكِيلِ أَوَّلَى . انْتَهَى . وَجَزَمَ بِهِ الْآدِمِيُّ فِي « مُنْتَخَبِهِ » .
وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، عَلَى مَا اصْطَلَحْنَاهُ فِي الْخُطْبَةِ .
قَالَ فِي « تَصْحِيحِ الْمُحَرَّرِ » : وَذَكَرَ ابْنُ مُصَنِّفِ « الْمُحَرَّرِ » فِي « شَرْحِ
الْهِدَايَةِ » لَوَالِدِهِ ، أَنَّ عَدَمَ لُزُومِ الدَّفْعِ اخْتِيَارُ الْقَاضِي . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَجِبُ
الدَّفْعُ إِلَيْهِ مَعَ التَّصَدِيقِ ، وَالْيَمِينَ مَعَ الْإِنْكَارِ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ،
و « النَّظْمِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : لَزِمَهُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسَّ
فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ شَيْخُنَا فِي « تَصْحِيحِ
الْمُحَرَّرِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » .

فائدة : تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْمُحَالِ عَلَيْهِ عَلَى الْمُجِيلِ ، فَلَا يُطَالِبُهُ ، وَتُعَادُ لَغَائِبٍ مُحْتَالٍ
بَعْدَ دَعْوَاهُ . فَيَقْضَى بِهَا لَهُ إِذْنٌ .

قوله : وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ ، وَأَنَا وَارِثُهُ ، لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، مَعَ التَّصَدِيقِ ، وَالْيَمِينَ
مَعَ الْإِنْكَارِ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ ، وَسَوَاءٌ كَانَ دَيْنًا أَوْ عَيْنًا ، وَدِيعَةً أَوْ غَيْرَهَا . وَقَدْ
تَقَدَّمَ الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الْحَوَالَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الشرح الكبير

وَارِثُ الْحَقِّ لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ (لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ) بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛
لأنَّهُ مُقَرَّرٌ لَهُ بِالْحَقِّ ، وَأَنَّهُ يَبْرَأُ بِهَذَا الدَّفْعِ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَا لَوْ جَاءَ صَاحِبُ
الْحَقِّ . وَإِنْ أَنْكَرَ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ صِحَّةَ مَا قَالَ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ هُنَا
عَلَى نَفْيِ فِعْلٍ الْغَيْرِ ، فَكَانَتْ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ، وَإِنَّمَا لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ هُنَا ؛
لأنَّ مَنْ لَزِمَهُ الدَّفْعُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ
الْمَالِيَّةِ .

فصل : وَمَنْ طُلِبَ مِنْهُ حَقٌّ فَاِمْتَنَعَ مِنْ دَفْعِهِ حَتَّى يَشْهَدَ الْقَابِضُ عَلَى
نَفْسِهِ بِالْقَبْضِ ، وَكَانَ الْحَقُّ عَلَيْهِ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، لَمْ يَلْزَمْ الْقَابِضُ الْإِشْهَادُ ؛
لأنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ مَتَى ادَّعَى الْحَقُّ عَلَى الدَّافِعِ بَعْدَ ذَلِكَ قَالَ :
لَا يُسْتَحَقُّ عَلَيَّ شَيْءٌ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ ثَبَتَ بَيِّنَةٍ ،
وَكَانَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، كَالْمُودَعِ وَالْوَكِيلِ بَلَا جُعْلٍ ،
فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى ادَّعَى عَلَيْهِ حَقٌّ ، أَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ فِي الرَّدِّ
قَوْلُهُ . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ ، أَوْ يُخْتَلَفُ فِي قَبُولِ قَوْلِهِ ،
كَالْغَاصِبِ وَالْمُسْتَعِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُ مَا قَبِلَهُ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ ؛
لَعَلَّا يُنْكِرَ الْقَابِضُ الْقَبْضَ . وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الدَّافِعِ فِي الرَّدِّ . وَإِنْ أَنْكَرَ ،
قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ . وَمَتَى أَشْهَدَ الْقَابِضُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقَبْضِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ تَسْلِيمُ
الْوَثِيقَةِ بِالْحَقِّ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ؛ لِأَنَّ [١٥٢/٤ و] بَيِّنَةُ الْقَبْضِ تُسْقِطُ الْبَيِّنَةَ
الْأُولَى ، وَالكِتَابُ مِلْكُهُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَى غَيْرِهِ .

فصل في الشهادة على الوكالة : إذا شهد بالوكالة شاهد^(١)

وامرأتان ، أو شاهد وحلف معه ، فقال أصحابنا : فيها روايتان ؛ إحداهما ، تثبت بذلك ، إذا كانت الوكالة في المال . قال أحمد ، في الرجل يوكل وكيلًا ، ويشهد على نفسه رجلًا وامرأتين : إذا كانت المطالبة بدنين ، فأما غير ذلك فلا . والثانية ، لا تثبت إلا بشاهدين عدلين . نقلها الخرقى في قوله : ولا يقبل فيما سوى الأموال^(٢) مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين . وهذا قول الشافعي ؛ لأن الوكالة إثبات للتصرف . ويحتمل أن يكون قول الخرقى كالرواية الأولى ؛ لأن الوكالة في المال يقصد بها المال ، فتقبل شهادة النساء مع الرجال ، كالبيع والقرض . فإن شهدا بوكالة ، ثم قال أحدهما : قد عزله . لم تثبت وكالته بذلك . وإن كان الشاهد بالعزل أجنبيًا ، لم يثبت العزل بشهادته وحده ؛ لأن العزل لا يثبت إلا بما يثبت به التوكيل . ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل ، فقال : قد عزله . لم يحكم بشهادتهما ؛ لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها ، فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد . وإن كان حكم الحاكم بشهادتهما ، ثم قال أحدهما : قد عزله بعد ما وكله . لم يلتفت إلى قوله ؛ لأن الحكم^(٣) قد نفذ بالشهادة ، ولم يثبت العزل . فإن قالا جميعًا : كان

(١) في م : « رجل » .

(٢) بعده في ر ، ق : « إلا » .

(٣) في الأصل : « الحاكم » .

قد عَزَلَهُ . ثَبَّتَ الْعَزْلُ ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَمَّتْ ^(١) فِي الْعَزْلِ ، كَتَمَامِهَا فِي التَّوَكِيلِ .

فصل : فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَّلَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَشَهِدَ آخَرُهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ يَوْمَ السَّبْتِ ، لَمْ تَتِمَّ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ غَيْرُ التَّوَكِيلِ يَوْمَ السَّبْتِ ، فَلَمْ تَكْمُلْ شَهَادَتُهُمَا عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ . وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِتَوَكِيلِهِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَشَهِدَ آخَرُهُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِهِ يَوْمَ السَّبْتِ ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَيْنِ إِخْبَارٌ عَنْ عَقْدٍ وَاحِدٍ ، وَيَشُقُّ جَمْعُ الشُّهُودِ لِيُقَرَّرَ عَنْدهُمْ حَالَةً وَاحِدَةً ، فَجَوَزَ لَهُ الْإِقْرَارُ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدٍ وَحْدَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ عَنْدهُ بِالْوَكَالَةِ بِالْعَجْمِيَّةِ ، وَشَهِدَ آخَرُهُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِهَا بِالْعَرَبِيَّةِ ، ثَبَّتَتْ . وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالْعَرَبِيَّةِ وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالْعَجْمِيَّةِ ، لَمْ تَكْمُلْ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْعَرَبِيَّةِ غَيْرُ التَّوَكِيلِ بِالْعَجْمِيَّةِ ، فَلَمْ تَكْمُلْ الشَّهَادَةُ عَلَى فِعْلٍ وَاحِدٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَالَ : وَكَلْتُكَ . وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَالَ : أَذِنْتُ لَكَ فِي التَّصَرُّفِ . أَوْ أَنَّهُ قَالَ : جَعَلْتُكَ وَكِيلًا . أَوْ شَهِدَ أَنَّهُ قَالَ : [١٥٢/٤ ظ] جَعَلْتُكَ جَرِيًّا . لَمْ تَتِمَّ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُخْتَلِفٌ . وَالْجَرِيُّ ؛ الْوَكِيلُ . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ . وَقَالَ الْآخَرُ : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ . تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَحْكِيَا لَفْظَ الْمُوَكَّلِ ، وَإِنَّمَا عَبَّرَا عَنْهُ بِلَفْظِهِمَا ، وَاخْتِلَافُ لَفْظِهِمَا لَا يُؤَثِّرُ إِذَا اتَّفَقَ مَعْنَاهُ . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : أَشْهَدُ أَنَّهُ أَقَرَّ

عندي أنه وكيله^(١) . وقال الآخر : أشهد أنه أقرّ عندي أنه جريه . أو : أنه وصّى إليه بالتصريف في حياته . ثبتت الوكالة بذلك . ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكله وزيداً ، أو شهد أنه وكله في بيعه ، وقال : لا تبعه حتى تستأمرني ، أو تستأمر فلاناً . لم تتم الشهادة ؛ لأن الأول أثبت استقلاله^(٢) بالبيع من غير شرط ، والثاني ينفي ذلك ، فكانا مختلفين . وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته ، حكم بالوكالة في العبد ؛ لاتفاقهما عليه ، وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الأول ، فلا تضر . وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد ، وشهد الآخر أنه وكله في بيعه لزيد وإن شاء لعمرو .

فصل : ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : تثبت الوكالة^(٣) بخبر الواحد ، وإن لم يكن ثقة . ويجوز التصريف للمخير^(٤) بذلك ، إذا غلب على ظنه صدق المخير ، بشرط الضمان إن أنكر الموكل ، ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً ؛ لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق ، فسقط اعتباره ، ولأنه

(١) في الأصل ، م : « وكله » .

(٢) في م : « استقلالاً » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « للمخير » .

إِذْنٌ فِي التَّصَرُّفِ وَمَنْعٌ مِنْهُ ، فَلَمْ تُعْتَبَرْ فِيهِ شُرُوطُ الشَّهَادَةِ ، كاستخدامِ غُلَامِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ مَالِيٌّ ، فَلَا يَثْبُتُ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ ، كالبَيْعِ ، وفَارَقَ الاستِخدامَ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَقْدٍ . وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّ فُلَانًا الْغَائِبَ وَكُلَّ فُلَانًا الْحَاضِرَ ، فَقَالَ الْوَكِيلُ : مَا عَلِمْتُ هَذَا ، وَأَنَا أَتَصَرَّفُ عَنْهُ . ثَبَّتَ الْوَكَالَهَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ أَنِّي لَمْ أَعْلَمْ إِلَى الْآنَ ، وَقَبُولُ الْوَكَاةِ يَجُوزُ مُتَرَاخِيًا ، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ التَّوَكِيلِ حُضُورُ الْوَكِيلِ وَلَا عِلْمُهُ ، فَلَا يَضُرُّ جَهْلُهُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ : مَا أَعْلَمُ صِدْقَ الشَّاهِدَيْنِ . لَمْ تَثْبُتْ وَكَالَتُهُ ؛ لَقَدْحِهِ فِي شَهَادَتِهِمَا . وَإِنْ قَالَ : مَا عَلِمْتُ . وَسَكَتَ ، قِيلَ لَهُ : فَسَّرَ . فَإِنْ فَسَّرَ بِالْأَوَّلِ ، ثَبَّتَتْ وَكَالَتُهُ ، وَإِنْ فَسَّرَ بِالثَّانِي ، لَمْ تَثْبُتْ .

فصل : وَيَصِحُّ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ بِالْوَكَاةِ عَلَى الْغَائِبِ ، وَهُوَ أَنْ يَدَّعَى أَنَّ فُلَانًا الْغَائِبَ وَكَلَّنِي فِي كَذَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ . بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ [١٥٣/٤] عَلَى الْغَائِبِ لَا يَصِحُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا يُعْتَبَرُ حُضُورُهُ ، كغيرِهِ . وَإِذَا قَالَ لَهُ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ : أَحْلِفْ أَنَّكَ تَسْتَحِقُّ مُطَالَبَتِي . لَمْ يُسْمَعْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ طَعْنٌ فِي الشَّهَادَةِ . وَإِنْ قَالَ : قَدْ عَزَلْتُكَ الْمُوَكَّلَ ، فَاخْلِفْ أَنَّهُ مَا عَزَلْتُكَ . لَمْ يُسْتَحْلَفْ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى عَلَى الْمُوَكَّلِ ، وَالْيَمِينَ لَا تَدْخُلُهَا النِّيَابَةُ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ تَعْلَمُ أَنَّ مُوَكَّلَكَ قَدْ عَزَلْتُكَ . سُمِعَتْ دَعْوَاهُ . فَإِنْ طَلَبَ^(١) الْيَمِينَ مِنَ الْوَكِيلِ^(٢) ، حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « الموكل » .

عليه ، وإن أقام الخصم بينة بالعزل ، سُمِعَتْ ، وأنْعَزَلَ الْوَكِيلُ .

فصل : وتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَكِيلِ عَلَى مُوَكَّلِهِ ؛ لَعَدَمِ التُّهْمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْرُ بِهَا نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرَرًا . وتُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ فِيمَا لَمْ يُوَكَّلْ فِيهِ ؛ لَكَوْنِهِ لَا يَجْرُ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ فِيمَا هُوَ وَكِيلٌ ^(١) فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ لِنَفْسِهِ حَقًّا ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ إِذَا ^(٢) وَكَّلَهُ فِي قَبْضِ حَقٍّ ، فَشَهِدَ بِهِ ، ثَبَّتَ لَهُ اسْتِحْقَاقُ قَبْضِهِ ، وَلِأَنَّهُ خَصَمٌ فِيهِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْمُخَاصَمَةَ فِيهِ . فَإِنْ شَهِدَ بِمَا كَانَ وَكِيلًا فِيهِ بَعْدَ عَزْلِهِ ، لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا ، سَوَاءً كَانَ خَاصِمٌ فِيهِ بِالْوَكَالَةِ أَوْ لَمْ يُخَاصِمْ . وبهذا قال أَبُو يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وقال أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ لَمْ يُخَاصِمْ فِيهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ ، ^(٣) وَلَمْ يُخَاصِمْ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ ^(٤) لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِيهِ . وَلِلشَافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَعْدَ الْوَكَالَةِ صَارَ خَصْمًا فِيهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ خَاصِمٌ فِيهِ ، وَفَارَقَ مَا لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِيهِ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ خَصْمًا فِيهِ .

فصل : إِذَا كَانَتِ الْأَمَةُ بَيْنَ نَفْسَيْنِ ، فَشَهِدَا ^(٥) أَنَّ زَوْجَهَا وَكَلَ فِي طَلَاقِهَا ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا ، وَهُوَ زَوَالُ

(١) بعده في م : « له » .

(٢) بعده في م : « كان » .

(٣-٣) في م : « وإن لم » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « فشهد » .

حَقَّ الزَّوْجِ مِنَ الْبُضْعِ الَّذِي هُوَ مِلْكُهُمَا . وَإِنْ شَهِدَا بِعَزْلِ الْوَكِيلِ فِي الطَّلَاقِ ، لَمْ تُقْبَلْ ^(١) ؛ لِأَنَّهُمَا يَجْرَانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا ، وَهُوَ إِبْقَاءُ النَّفَقَةِ عَلَى الزَّوْجِ . وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ابْنَيْ الرَّجُلِ لَهُ بِالْوَكَاةِ ، وَلَا أَبُوَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا يُشْتَبَانِ لَهُ حَقُّ التَّصَرُّفِ . وَلَا يُثْبِتُ لِلْإِنْسَانِ حَقُّ بِشَهَادَةِ ابْنِهِ وَلَا أَبِيهِ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ابْنَيْ الْمُوَكَّلِ وَلَا أَبُوَيْهِ بِالْوَكَاةِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : تُقْبَلُ ، لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ عَلَى الْمُوَكَّلِ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْوَكِيلُ الْمُطَالَبَةَ ، فَقُبِلَتْ فِيهِ شَهَادَةُ قَرَابَةِ الْمُوَكَّلِ ، كَالِإِقْرَارِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ شَهَادَةٌ يُثْبِتُ بِهَا حَقٌّ لِأَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ ، كَشَهَادَةِ ابْنَيْ الْوَكِيلِ وَأَبُوَيْهِ ، وَلِأَنَّهُمَا يُشْتَبَانِ لِأَبِيهِمَا نَائِبًا مُتَصَرِّفًا لَهُ ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ بِالِإِقْرَارِ ، فَإِنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَيْهِ مُتَمَحِّصَةٌ . وَلَوْ ادَّعَى الْوَكِيلُ الْوَكَاةَ ، فَأَنْكَرَهَا الْمُوَكَّلُ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ ابْنَاهُ أَوْ أَبَوَاهُ ، ثَبَّتَ الْوَكَاةَ ، وَأَمْضَى تَصَرُّفَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ [١٥٣/٤ ط] شَهَادَةٌ عَلَيْهِ . وَلَوْ ادَّعَى الْمُوَكَّلُ أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِوَكَاةِهِ ، وَأَنْكَرَ الْوَكِيلُ ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ أَبَوَاهُ أَوْ ابْنَاهُ ، قُبِلَ أَيْضًا ؛ لِذَلِكَ ^(٢) . وَإِنْ ادَّعَى وَكِيلٌ لِمُوَكَّلِهِ الْغَائِبِ حَقًّا ، وَطَالَ بِهَ ، فَادَّعَى الْخَصْمُ أَنَّ الْمُوَكَّلَ عَزَلَهُ ، وَشَهِدَ لَهُ بِذَلِكَ ابْنَا الْمُوَكَّلِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا ، وَثَبَّتَ الْعَزْلُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَشْهَدَانِ عَلَى أَبِيهِمَا . وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْخَصْمُ عَزْلَهُ ، لَمْ تُسْمَعْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يَشْهَدَانِ لِمَنْ لَا يَدَّعِيهَا . فَإِنْ قَبِضَ الْوَكِيلُ ، فَحَضَرَ الْمُوَكَّلُ وَادَّعَى أَنَّهُ

(١) بعده في ر ١ : « شهادتهما في الطلاق » .

(٢) في ق ، م : « كذلك » .

كان قد عَزَلَ الْوَكِيلَ ، وَأَنَّ حَقَّهُ بَاقٍ فِي ذِمَّةِ . الْعَرِيمِ ، وَشَهِدَ لَهُ ابْنَاهُ ،
لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يُشْتَبَنُ حَقًّا لِأَبِيهِمَا . وَلَوْ ادَّعَى مُكَاتَبُ الْوَكَالَةِ ،
فَشَهِدَ لَهُ سَيِّدُهُ ، أَوْ ابْنَا سَيِّدِهِ ، أَوْ أَبَوَاهُ ، لَمْ تُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَشْهَدُ لِعَبْدِهِ ،
وَابْنَاهُ يَشْهَدَانِ لِعَبْدِ أَبِيهِمَا ، وَالْأَبَوَانِ يَشْهَدَانِ لِعَبْدِ ابْنِهِمَا . وَإِنْ عَتَقَ ،
فَاعَادَ الشَّهَادَةَ ، فَهَلْ تُقْبَلُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ .

فصل : إِذَا حَضَرَ رَجُلَانِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْآخَرَ
وَكَيلُهُ ، ثُمَّ غَابَ الْمُوَكَّلُ ، وَحَضَرَ الْوَكِيلُ ، فَقَدَّمَ خَصْمًا لِمُوَكَّلِهِ ،
وَقَالَ : أَنَا وَكَيلُ فُلَانٍ . فَأَنْكَرَ الْخَصْمُ كَوْنَهُ وَكَيلًا ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَحْكُمُ
الْحَاكِمُ بِعِلْمِهِ . لَمْ تَسْمَعْ دَعْوَاهُ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ بِوَكَالَتِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَحْكُمُ
بِعِلْمِهِ . وَكَانَ الْحَاكِمُ يَعْرِفُ الْمُوَكَّلَ بِعَيْنِهِ وَاسْمِهِ وَنَسَبِهِ ، صَدَقَهُ وَمَكَنَهُ
مِنَ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّ مَعْرِفَتَهُ كَالْبَيِّنَةِ . وَإِنْ عَرَفَهُ بِعَيْنِهِ دُونَ اسْمِهِ وَنَسَبِهِ ،
لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ عِنْدَهُ بِالْوَكَالَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ تَثْبِيتَ نَسَبِهِ
عِنْدَهُ ^(١) بِقَوْلِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ .

فصل : وَلَوْ حَضَرَ عِنْدَ الْحَاكِمِ رَجُلٌ ، فَادَّعَى أَنَّهُ وَكَيلُ فُلَانٍ الْغَائِبِ ،
فِي شَيْءٍ عَيْنُهُ ، وَأَحْضَرَ بَيِّنَةً تَشْهَدُ لَهُ بِالْوَكَالَةِ ، سَمِعَهَا الْحَاكِمُ . وَلَوْ ادَّعَى
حَقًّا لِمُوَكَّلِهِ قَبْلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِهِ ، لَمْ يَسْمَعْ الْحَاكِمُ دَعْوَاهُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَسْمَعُهَا ، إِلَّا أَنْ يُقَدَّمَ خَصْمًا مِنْ خَصَمَاءِ
الْمُوَكَّلِ ، فَيَدَّعَى عَلَيْهِ حَقًّا ، فَإِذَا أَجَابَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، حِينَئِذٍ يَسْمَعُ

(١) سقط من : الأصل .

الحَاكِمُ الْبَيِّنَةُ ، فَحَصَلَ الْخِلَافُ بَيْنَنَا فِي حُكْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحَاكِمَ يَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَكَالَةِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ خَصْمٍ ، وَعِنْدَهُ لَا يَسْمَعُ .
والثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَسْمَعُ دَعْوَاهُ لِمُوكِّلِهِ قَبْلَ ثُبُوتِ وَكَالَتِهِ ، وَعِنْدَهُ يَسْمَعُ .
وَبَنَى أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ^(١) الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ ، وَسَمَاعُ الْبَيِّنَةِ بِالْوَكَالَةِ مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ^(٢) قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ ، وَأَنَّ الْوَكَالََةَ لَا تَلْزِمُ الْخَصْمَ مَا لَمْ يُجِبِ الْوَكِيلُ عَنْ دَعْوَى الْخَصْمِ أَنَّكَ لَسْتَ بِوَكِيلٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِثْبَاتٌ لِلْوَكَالَةِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حُضُورِ الْمُوكِّلِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمُوكِّلُ^(٣) عَلَيْهِ جَمَاعَةٌ ، فَأَحْضَرَ وَاحِدًا مِنْهُمْ ، فَإِنَّ الْبَاقِينَ لَا يُفْتَقِرُ إِلَى حُضُورِهِمْ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الدَّعْوَى لَا تُسْمَعُ قَبْلَ ثُبُوتِ الْوَكَالَةِ ، أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ إِلَّا مِنْ خَصْمٍ يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ [١٥٤/٤] ، أَوْ عَنْ مُوكِّلِهِ ، وَهَذَا لَا يُخَاصِمُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ وَكِيلٌ^(٤) لِمَنْ يَدْعَى لَهُ ، فَلَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى لِمَنْ لَمْ يَدْعَ وَكَالَتَهُ . وَفِي هَذَا الْأَصْلِ جَوَابٌ عَمَّا ذَكَرَهُ .

فصل : وَلَوْ حَضَرَ رَجُلٌ ، وَادَّعَى عَلَى غَائِبٍ مَالًا فِي وَجْهِ وَكَيْلِهِ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَأَقَامَ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، حَلَفَهُ الْحَاكِمُ ، وَحَكَمَ لَهُ بِالْمَالِ . فَإِذَا حَضَرَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في م : « بها » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « وكل » .

المقنع

الشرح الكبير

المُوَكَّلُ وَجَحَدَ الْوَكَالَةَ ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ قَدْ عَزَلَهُ ، لَمْ يُؤَثِّرْ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى حُضُورِ وَكِيلِهِ .

الإنصاف

فهرس الجزء الثالث عشر
من الشرح الكبير والإنصاف
باب الضمان

الصفحة

- (وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون
○ عنه في التزام الحق)
فائدة : اختلفوا في اشتقاقه ؛ فقيل : هو
○ مشتق من الانضمام ؛ ...
فائدة : يصح الضمان بلفظ ضمين ،
وكفيل ، وقبيل ، و ...
٧ أو يقول : ...
١٨٢٣ - مسألة : (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما
١١ - ٧ في الحياة والموت)
١٨٢٤ - مسألة : (فإن برئت ذمة المضمون عنه برئ
الضامن) ١١
١٨٢٥ - مسألة : (وإن برئ الضامن ، أو أُقِرَّ ببراءته ،
لم يبرأ المضمون عنه) ١١ ، ١٢
فصل : ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل
١٢ الواحد اثنان أو أكثر ، ...
١٨٢٦ - مسألة : (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمرًا ،
فأسلم المضمون له أو المضمون عنه ،
١٢ ، ١٣ برئ هو والضامن معًا)
١٨٢٧ - مسألة : (ولا يصح إلا من جائز التصرف) ١٣ ، ١٤

- تنبيه : قال في ... : ومن صح تصرفه
 ١٤ بنفسه ، صح ضمانه ، ...
 تنبيه : دخل في عموم كلام المصنف ،
 ١٤ صحة ضمان المريض ...
 فائدة : في صحة ضمان المكاتب لغيره ،
 ١٤ وجهان ...
 ١٨٢٨ - مسألة : (ولا يصح من صبي ، ولا مجنون ، ولا
 سفيه ، ولا من عبد بغير إذن سيده .
 وعنه ، يصح ، ... وهل يتعلق برقبته أو
 ذمة سيده ؟ على روايتين) ١٥ - ٢٠
 فصل : ولا يصح ضمان المكاتب بغير إذن
 ١٩ سيده ، ...
 فائدة : يصح ضمان الأخرس ، إذا فهمت
 ٢٠ إشارته ، وإلا فلا .
 ١٨٢٩ - مسألة : (ولا يصح إلا برضا الضامن ، ولا يعتبر
 رضا المضمون له ، ولا المضمون عنه ،
 ٢٢ ، ٢١ ولا معرفة الضامن لهما)
 ١٨٣٠ - مسألة : (ولا) يعتبر (كون الحق معلوماً ولا
 واجبا إذا كان مآله إلى الوجوب ، ...) ٢٢ - ٢٥
 فائدتان ؛ إحداهما ، لا يصح ضمان بعض
 ٢٣ الدين مبهماً ...
 الثانية ، لو قال : ما أعطيت
 ٢٣ فلاناً ، فهو على ...
 فصل : ويصح ضمان ما لم يجب ، فلو قال :

- ما أعطيت فلاناً فهو على .
ص ٢٤ ...
- ١٨٣١ - مسألة : (ويصح ضمان دين الضامن) ٢٥ ، ٢٦
تنبيه : مراده بقوله : ويصح ضمان دين
الضامن ... ٢٥
فصل : وإن ضمن المضمون عنه الضامن ،
أو تكفل المكفول عنه الكفيل ، لم
يصح ؛ ... ٢٦
- ١٨٣٢ - مسألة : (و) يصح ضمان (دين الميت المفلس
وغيره ، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء ، في
أصح الروايتين) ٢٧ - ٢٩
فصل : ويصح الضمان في جميع الحقوق
المالية الواجبة ، والتي تؤول إلى
الوجوب ، ... ٢٩
- ١٨٣٣ - مسألة : (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع
للمشتري ، وعن المشتري للبائع) ٢٩ - ٣٤
فوائد ؛ الأولى ، لو بنى المشتري ونقضه
المُستَحَقُّ ، ... ٣١
الثانية ، لو خاف المشتري فساد
الباع بغير استحقاق المبيع ،
أو ...، صح كضمان
العهد ... ٣٣
- الثالثة ، يصح ضمان نقص
الصنعة ، ونحوها ، ... ٣٣

- ١٨٣٤ - مسألة : (ولا يصح ضمان دين الكتابة ، في أصح الروايتين) ٣٤
- ١٨٣٥ - مسألة : (ولا يصح ضمان الأمانات ؛ كالوديعة ونحوها ، إلا أن يضمن التعدي فيها) ٣٥ ، ٣٦
- ١٨٣٦ - مسألة : (فأما الأعيان المضمونة ؛ كالغصوب ، والعواري ، والمقبوض على وجه السوم ، فيصح ضمانها) ٣٦ - ٤١
- تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، أن المقبوض على وجه السوم من ضمان القابض ، ... ٣٦
- فصل : ويصح ضمان الجعل في الجعالة ، وفي المسابقة والمفاضلة ... ٣٨
- فائدة : المقبوض في الإجارة على وجه السوم ، حكمه حكم المقبوض على وجه السوم في البيع ... ٣٩
- فائدتان ؛ إحداهما ، إذا طوّل الضامن بالدين ، فلا يخلو ؛ ... ٤٠
- الثانية ، قال الشيخ تقي الدين : لو تغيب مضمون عنه - ... فأمسك الضامن ، وغرم شيئاً بسبب ذلك ، وأنفقه في حيس ، ... ٤١
- ١٨٣٧ - مسألة : (وإن قضى الضامن الدين متبرعاً ، لم يرجع بشيء) ٤٢
- ١٨٣٨ - مسألة : (وإن نوى الرجوع ، وكان الضمان

والقضاء بغير إذن المضمون عنه ، فهل

٤٢ - ٥٠

(يرجع ؟ ...)

فصل : ويرجع الضامن على المضمون عنه
بأقل الأمرين مما قضى أو قدر

٤٦

الدين ؟ ...

فصل : ولو كان على رجلين مائة ، على
كل واحد منهما نصفهما ، وكل

٤٦

واحد ضامن عن صاحبه ما عليه، ...

فصل : إذا ضمن عن رجل بأمره ، فطولب
الضامن ، فله مطالبة المضمون عنه

٤٦

بتخليصه ؟ ...

فصل : فإن ضمن الضامن ضامن آخر ،
فقضى أحدهما الدين ، برئ

٤٨

الجميع ، ...

فصل : إذا كان له ألف على رجلين ؟ ... ،
وكل واحد منهما ضامن عن

صاحبه ، فأبرأ الغريم أحدهما من

٤٨

الألف ، ...

فصل : ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب ،
وأن كل واحد منهما ضامن عن
صاحبه ، فاعترف الحاضر

٤٩

بذلك ، ...

فائدة : وكذا الحكم في كل من أدى عن غيره

٤٩

دينا واجبا بإذنه ، وبغير إذنه ، ...

١٨٣٩ - مسألة : (وإن أنكر المضمون له القضاء ،

- وحلف ، لم يرجع الضامن على المضمون
 عنه ، سواء صدّقه أو كذّبه) ٥٠ - ٥٢
- فصل : فإن رجع المضمون له على الضامن ،
 فاستوفى منه مرة ثانية ، رجع على
 المضمون عنه بما قضاه ثانيا ؛ ... ٥٢
- ١٨٤٠ - مسألة : (وإن اعترف) المضمون له (بالقضاء ،
 وأنكر المضمون عنه ، لم يسمع إنكاره) ٥٣ ، ٥٤
- فائدتان ؛ الأولى ، لو قال المضمون له :
 برئت إلى من الدين .
 فهو مقرّ بقبضه ... ٥٤
- الثانية ، لو قال : وهبتك الحق .
 فهو تمليك ، ... ٥٤
- ١٨٤١ - مسألة : (وإن قضى المؤجل قبل أجله ، لم يرجع
 حتى يحل) ٥٥
- ١٨٤٢ - مسألة : (وإن مات الضامن أو المضمون عنه ،
 فهل يحلّ الدين ؟ على روايتين . وأيهما
 حل عليه ، لم يحل على الآخر) ٥٥ ، ٥٦
- تنبيه : ذكر المصنف هنا الروايتين فيما إذا
 مات أحدهما ، ... ٥٦
- ١٨٤٣ - مسألة : (ويصح ضمان الحال مؤجلاً . وإن ضمن
 المؤجل حالاً ، لم يلزمه قبل أجله ، في
 أصح الوجهين) ٥٧ - ٦٠
- تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، صحة
 ضمان المؤجل حالاً ... ٥٨
- فصل : فإن كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً ،

- لم يصبر حالاً ، ولم يلزمه أدأؤه
 ٥٩ قبل أجله ؛ ...
- فصل : ولا يدخل الضمان والكفالة
 ٥٩ خيار ؛ ...
- فصل : وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفاً
 ٦٠ ضمان اشتراك ، فقالا : ...
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
 (الكفالة ؛ التزام إحضار المكفول
 ٦١ به)
- ١٨٤٤ - مسألة : (وتصح بيدن من عليه دين ، وبالأعيان
 ٦١ - ٦٣ المضمونة)
- تنبيهان ؛ أحدهما ، ظاهر قوله فى الكفالة :
 وهى التزام إحضار
 ٦١ المكفول به ...
- الثانى ، قوله : وتصح بيدن من
 ٦١ عليه دين . يعنى ، ...
- فائدة : تنعقد الكفالة بألفاظ الضمان
 ٦٢ المتقدمة كلها ...
- ١٨٤٥ - مسألة : (ولا تصح بيدن من عليه حدٌ أو قصاص) ٦٣ ، ٦٤
- تنبيه : قوله : ولا تصح بيدن من عليه حدٌ أو
 ٦٣ قصاص ...
- فصل : ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل
 ٦٤ دين الكتابة ؛ ...
- فائدتان ؛ إحداهما ، تصح الكفالة لأخذ
 مال ، كالدية ، وغُرم

- ٦٤ السرقة .
 الثانية ، لا تصح الكفالة بزوجه ،
 ٦٤ أو شاهد .
 ١٨٤٦ - مسألة : (ولا) تصح (بغير معين ، كأحد
 هذين) ٦٥ ، ٦٤
 ١٨٤٧ - مسألة : (وإن كفّل بجزء شائع من إنسان أو
 عضو ، أو كفّل بإنسان على أنه إن جاء
 به ، وإلا فهو كفيل بآخر ، ...) ٦٥ - ٧٠
 فصل : إذا تكفل بإنسان على أنه إن جاء
 به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن
 ما عليه ، ... ٦٧
 فصل : وإن قال : كفلت بيدن فلان ، على
 أن يبرأ فلان الكفيل . أو : ... لم
 يصح ؛ ... ٦٨
 فوائد ؛ منها ، لو قال : كفلت بيدن فلان
 على أن تبرئ فلانا الكفيل .
 ٦٨ فسد الشرط ...
 ومنها ، لو قال : إن جئت به في
 وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل
 بيدن فلان . أو ... فقال
 القاضي : لا تصح ... ٦٩
 فائدة : قال المصنف ، والشارح : إن كفّل
 إلى أجل مجهول ، لم تصح
 الكفالة ؛ ... ٦٩
 ١٨٤٨ - مسألة : (ولا يصح إلا برضا الكفيل ، وفي رضا
 المكفول به وجهان) ٧١ ، ٧٠

١٨٤٩ - مسألة : (ومتى أحضر المكفول به ، وسلمه ،

برئ ، إلا أن يحضره قبل الأجل وفي

قبضه ضرر) ٧١ - ٧٥

فصل : وإذا عيّن في الكفالة تسليمه في

مكان ، فأحضره في غيره ، لم يبرأ

٧٣ من الكفالة ...

تنبيه : حكم ما إذا أحضره قبل حلول

الأجل ، ولا ضرر في قبضه ، حكم

٧٣ ما إذا أحضره بعد حلول الأجل ، ...

٧٣ فائدة : يتعين إحضاره مكان العقد ...

١٨٥٠ - مسألة : (وإن مات المكفول به ، أو تلفت العين

بفعل الله تعالى ، أو سلم نفسه ، برئ

الكفيل) ٧٥ - ٧٧

فصل : إذا قال الكفيل : قد برئ المكفول به

من الدين وسقطت الكفالة . أو

٧٦ قال : ...

تنبيه : محل الخلاف إذا لم يشترط ، فإن

٧٦ اشترط الكفيل أنه ...

تنبيهان : أحدهما ، محل الخلاف ، إذا لم

يشترط أن لا مال عليه

بتلف العين المكفول

٧٦ بها ، ...

الثاني ، مراده بقوله : أو تلفت

٧٧ العين بفعل الله تعالى ...

فصل : وإذا قال المكفول له للكفيل :

٧٧ أبرأتك من الكفالة ...

- ١٨٥١ - مسألة : (وإن تعذر إحضاره مع بقائه ، لزم الكفيل
الدين أو عوض العين)
٧٨
فائدة : قال الشيخ تقي الدين : السجّان
٧٨ كالكفيل ...
١٨٥٢ - مسألة : (وإن غاب ، أمهل الكفيل بقدر ما يمضي
فيحضره ، فإن تعذر إحضاره ، ضمن
ما عليه)
٧٨ - ٨٠
فصل : فإن كفّل إلى أجل مجهول ، لم تصح
٧٩ الكفالة ...
١٨٥٣ - مسألة : (وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور
معه ، لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه
أو طالبه صاحب الحق بإحضاره ،
وإلا فلا)
٨٠ - ٨٢
فصل : وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن
فلان . أو : ... كان الضمان
والكفالة لازمين للمباشر دون
الآمر ؛ ...
٨١
فصل : ولو قال : أعط فلانا ألفاً .
٨١ ففعل ، ...
فائدة : حيث أدى الكفيل ما لزمه ، ثم قدر
٨١ على المكفول به ، ...
٨٢ فصل : ولو تكفل اثنان بواحد ، صح ، ...
فائدة : لو سلّم المكفول به نفسه ، برئ
٨٣ الاثنان ، ...
١٨٥٤ - مسألة : (ولو تكفل واحد لاثنين ، فأبرأه

- أحدهما) أو أحضره عند أحدهما (لم
٨٧ - ٨٣ يراً من الآخر)
فصل : وإذا كانت السفينة في البحر ، وفيها
متاع ، فخير غرقها ، فألقي بعض
٨٣ من فيها متاعه في البحر لتخف ، ...
فصل : قال مهنا : سألت أحمد : عن رجل
له على رجل ألف درهم ، فأقام بها
٨٤ كفيلين ، ...
فوائد تتعلق بأحوال الكفيل ؛ ضمانه لكفيل
آخر ، وضمان اثنين دين رجل لغريمه ،
وضمان المدينين كل واحد منهما الآخر ،
وجواز الإحالة عليهما ، والحكم في إبرائه
أحدهما ، وضمان ثالث عن أحدهما بأمره ،
وبراءة الكفيل إذا أحوال رب الحق أو أحيّل
أو زال العقد .
٨٧ - ٨٤
فوائد تتعلق بتعدد الكفيل والضامن
والاشتراك في الكفالة وحكم البراءة في
كل .
٨٧ - ٨٤

باب الحوالة

- ١٨٥٥ - مسألة : (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى
ذمة المحال عليه ، فلا يملك المحتال
الرجوع عليه بحال)
٩٢ - ٩٠
فوائد ؛ إحداها ، قال المصنف ، و ... :
هي مشتقة من تحويل

- الحق من ذمة إلى ذمة ... ٩٠
- الثانية ، الحوالة عقد إرفاق ؛ تنقل
الحق من ذمة المحيل إلى ذمة
- ٩٠ المحال عليه ، ...
- الثالثة ، نقل مهنا ، في مَنْ بعث
رجلاً إلى رجل له عنده
مال ، فقال : خذ منه
- ٩٣ ديناراً . فأخذ منه أكثر ، ...
- ١٨٥٦ - مسألة : (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة ؛ أحدها ،
أن يحيل على دين مستقر ، ...) ٩٣ - ٩٨
- فصل : وإن أحوال من لا دين عليه على من له
عليه دين ، فهي وكالة يثبت فيها
- ٩٧ أحكامها ، ...
- تنبيه : يستثنى من محل الخلاف من المال
المحال عليه ، والمحال به ، دين
- ٩٧ السلم ؛ ...
- فائدة : في صحة الحوالة ، برأس مال السلم
وعليه ، وجهان ... ٩٧
- تنبيه : خرج من كلام المصنف ، لو أحوال
من لا دين عليه على من عليه دين ،
- ٩٧ فإنه لا يسمى حوالة ، بل ...
- الشرط (الثاني ، اتفاق الدينين في الجنس ،
والصفة ، والحلول والتأجيل) ٩٨
- فائدة : قوله : الثاني ، اتفاق الدينين في
الجنس والصفة والحلول والتأجيل .

- ٩٨ بلا نزاع ...
- ١٠٠ تنبيه : قوله : اتفاق الدينين في الجنس ...
- ١٠١ الشرط (الثالث ، أن يحيل برضاه)
- فصل : ويعتبر لصحة الحوالة أن تكون بمال
- ١٠١ معلوم ؛ ...
- ١٨٥٧ - مسألة : (ولا يعتبر رضا المحال عليه ، ولا رضا
- ١٠٥ - ١٠٢ المحتال إن كان المحال عليه مليئاً)
- فائدتان ؛ إحداهما ، فُسِّر الإمام أحمد
- رضى الله عنه الملىء ،
- ١٠٣ فقال : ...
- الثانية ، يبرأ المحيل بمجرد
- ١٠٤ الحوالة ، ...
- فصل : فإن شرط المحتال ملء المحال عليه ،
- ١٠٥ فبان معسراً ، ...
- ١٨٥٨ - مسألة : (وإن ظنه مليئاً ، فبان مفلساً ، ولم يكن
- ١٠٦ رضى بالحوالة رجوع عليه ، وإلا فلا ...)
- ١٨٥٩ - مسألة : (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن ، أو
- أحال البائع عليه به ، فبان البيع باطلاً ،
- ١٠٨ ، ١٠٧ فالحوالة باطلة)
- ١٨٦٠ - مسألة : (فإن فُسِّخ العقد بعيب أو إقالة ، لم تبطل
- ١١٠ - ١٠٨ الحوالة)
- ١٨٦١ - مسألة : (وللبائع أن يحيل المشتري على مَنْ أحاله
- المشتري عليه في الصورة الأولى ،
- وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع
- ١١٢ - ١١٠ في الثانية)

- فصل : إذا أحال رجلاً على زيد بألف ،
فأحاله زيد بها على عمرو ، فالحوالة
صحيحة ؛ ... ١١١
- ١٨٦٢ - مسألة : (وإذا قال : أحلتك . قال : بل وكُلّتي .
أو قال : وكُلّتك . قال : بل أحلتني .
فالقول قول مدعى الوكالة) ١١٢ ، ١١٣
- ١٨٦٣ - مسألة : (وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك) ١١٣ - ١١٨
- فصل : فإن قال : أحلتك بدينك . قال :
وكُلّتي . ففيها وجهان أيضاً ؛ ... ١١٥
- فائدتان ؛ إحداهما ، مثل ذلك في الحكم ،
لو قال : أحلتك
بديني ... ١١٥
- الثانية ، لو اتفقا على أنه قال :
أحلتك بالمال الذي قبِل
فلان . ثم اختلفا ؛ ... ١١٦
- ١٨٦٤ - مسألة : (وإن قال : أحلتك بدينك . فالقول قول
مدعى الحوالة ، وجهًا واحدًا) ١١٩ - ١٢٢
- فصل : وإذا كان لرجل دين على آخر ،
فطالبه به ، فقال : قد أحلت به عليَّ
فلانا الغائب ... ١١٩
- فائدة : قال الشيخ تقي الدين : الحوالة على
ماله في الديوان إذن في الاستيفاء ، ... ١١٩
- تنبيه : يتعلق بذكر موضع مسألة المقاصة
عند المصنف وعند غيره من المصنفين . ١٢٠
- فصل : فإن كان عليه ألف ضمنه رجل ،

باب الصلح

فائدة : الصلح عبارة عن معاقدة يتوصل بها

١٢٣

إلى إصلاح بين مختلفين ...

١٨٦٥ - مسألة : (الصلح في الأموال قسمان ؛ أحدهما ،

صلح على الإقرار ، وهو نوعان ؛ ...) ١٢٤ - ١٢٩

فائدة : ظاهر كلام الخرق ، أن الصلح على

١٢٦

الإقرار لا يسمى صلحاً ...

١٨٦٦ - مسألة : (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع ؛ ...) ١٢٩ ، ١٣٠

فائدة : يصح الصلح عما ادعى على موليه ،

١٣٠

وبه بيّنة ...

١٨٦٧ - مسألة : (وإن صالح عن المؤجل ببعضه حالاً ،

١٣٠ ، ١٣١

لم يصح)

١٨٦٨ - مسألة : (وإن وضع بعض الحال وأجل باقيه ، صح

١٣١ ، ١٣٢

الإسقاط دون التأجيل)

فائدة : مثل ذلك ، خلافاً ومذهباً ، لو

صالحه عن مائة صحاح بخمسين

١٣٢

مكسرة ، ...

١٨٦٩ - مسألة : (وإن صالح عن الحق بأكثر منه من

١٣٣

جنسه ، ... ، لم يصح)

١٨٧٠ - مسألة : (وإن صالحه بعرض قيمته أكثر منها)

١٣٣ ، ١٣٤

جاز ؛ لأنه بيع .

فصل : ولو صالح عن المائة الثابتة بالإتلاف

بمائة مؤجلة ، لم تصر مؤجلة ... ١٣٤

- ١٨٧١ - مسألة : (وإن صالحه عن بيت على أن يسكنه سنة ،
أو يبنى له فوقه غرفة ، لم يصح) ١٣٥ ، ١٣٤
فائدة : لو كان في ذمته مثليا ، من قرض أو
غيره ، لم يجوز أن يصالح عنه بأكثر
منه من جنسه ... ١٣٤
- ١٨٧٢ - مسألة : (ولو قال : أقرّ لي بديني ، وأعطيك منه
مائة . ففعل ، صح الإقرار ، ولم يصح
الصلح) ١٣٦ ، ١٣٥
- ١٨٧٣ - مسألة : (وإن صالح إنسانا ليقر له بالعبودية ، أو
امراة لتقر له بالزوجة ، لم يصح) ١٣٧ ، ١٣٦
- ١٨٧٤ - مسألة : (وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعى
مالا صلحا عن دعواه ، صح) ١٣٨ ، ١٣٧
فائدة : لو طلقها ثلاثا ، أو أقل ، فصالحها
على مال ، لتترك دعواها ، لم يجوز ... ١٣٨
(النوع الثاني ، أن يصالحه عن الحق بغير
جنسه ، فهو معاوضة) ١٣٩
تنبيه : قوله : النوع الثاني ، أن يصالح عن
الحق بغير جنسه ، فهو معاوضة ، ... ١٣٩
فائدتان ؛ إحداهما ، يجوز الصلح عن دين
بغير جنسه مطلقا ، ... ١٤٠
الثانية ، لو صالح بشيء في الذمة ،
حرم التفرق قبل القبض . ١٤٠
- ١٨٧٥ - مسألة : (وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها ،
صح . فإن كان الصلح عن عيب في
مبيعها ، فتبين أنه ليس بعيب ، رجعت
بأرثه لا بمهر مثلها) ١٤٢ - ١٤٠

- ١٨٧٦ - مسألة : (وإن صالح عما في الذمة بشيء في الذمة ،
لم يجز التفرق قبل القبض ؛ لأنه يبيع دين
بدين) ١٤٣ - ١٤٥
- فصل : وإن صالحه بخدمة عبده سنة ،
١٤٣ صح ، وكانت إجارة ، ...
فصل : إذا ادعى زرعاً في يدرجل ، فأقر له
به ، ثم صالحه على دراهم ، جاز على
١٤٤ الوجه الذي يجوز بيع الزرع ...
١٨٧٧ - مسألة : (ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم ، إذا
كان مما لا يمكن معرفته للحاجة) ١٤٥ - ١٤٩
- فصل : فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركة
موجودة ، أو يعلمه الذي هو عليه
ويجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح
١٤٨ عليه مع الجهل ...
تنبيه : مفهوم كلامه ، أنه إذا أمكن معرفة
١٤٨ المجهول ، لا يصح الصلح عنه ...
فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
(القسم الثانى ، أن يدعى عليه عينا
أو ديناً ، فينكره ثم يصالحه على
مال ، فيصح ، ويكون بيعاً في حق
١٤٩ المدعى ، ...)
فائدة : حيث قلنا : يصح الصلح عن
المجهول . فإنه يصح بنقد ونسيئة ... ١٤٩
- ١٨٧٨ - مسألة : (وإن كان شقصاً مشفوعاً ، ثبتت فيه
الشفعة ، ويكون إبراءً في حق
الآخر ، ...) ١٥٣ ، ١٥٤

- ١٨٧٩ - مسألة : (فإن كان أحدهما عالمًا بكذب نفسه ،
فالصلح باطل في حقه ، وما أخذه حرام
عليه) ١٥٤ ، ١٥٥
- ١٨٨٠ - مسألة : (فإن صالح عن المنكر أجنبي بغير إذنه ،
صح ، ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) ١٥٧ - ١٥٥
- ١٨٨١ - مسألة : (وإن صالح الأجنبي لنفسه ؛ لتكون
المطالبة له ، غير مُعترف بصحة
الدعوى ، أو ... ، لم يصح ...) ١٥٧ - ١٦١
- فصل : فإن قال الأجنبي للمدعى : أنا
وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن
هذه العين ، وهو مقر لك بها ، وإنما
يجردها في الظاهر ... ١٦٠
- فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (يصح
الصلح عن القصاص بديات وبكل
ما يثبت مهرًا) ١٦١
- فصل : ولو صالح عن دار أو عبد بعوض ،
فخرج العوض مُستحقًا أو حرًا ،
رجع في الدار وما صالح عنه ، ... ١٦٣
- فوائد ؛ الأولى ، قال في « الفروع » :
وظاهر كلامهم ، يصح
حالًا وموَجَلًا ... ١٦٣
- الثانية ، لو صالح عن القصاص بعبد
أو غيره ، فخرج مُستحقًا
أو حرًا ، رجع بقيمته ، ... ١٦٣
- الثالثة ، لو صالح عن دار ونحوها

- بعوض ، فبان العوض
مستحقاً ، رجع بالدار
١٦٤ ونحوها ، ...
- ١٨٨٢ - مسألة : (ولو صالح سارقاً ليطلقه ، أو شاهد اليك
شهادته ، أو شفيحاً عن شفيعه ، أو
١٦٦-١٦٤ مقدوفاً عن حدّه ، لم يصح الصلح ، ...)
- ١٨٨٣ - مسألة : (وإن صالحه على أن يُجرى على أرضه أو
١٦٧-١٧٣ سطحه ماء معلوماً ، صح)
- فصل : فإن صالح رجلاً على إجراء ماء
سطحه من المطر على سطحه ،
١٦٩ أو ، ... ، جاز ، ...
- فوائد تتعلق بحكم المصالحة على إجراء ماء في
أرض غيره من غير ضررٍ عليه ولا على
أرضه ، وإذا كانت الأرض في يده
بإجارة ، وكذلك لو صالح رجلاً على
السقى من نهره أو عينه يوماً أو يومين ،
١٦٩-١٧٤ أو صالحه على سهم من العين أو النهر .
- فصل : وإذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره
لغير ضرورة ، ...
١٧١
- فصل : وإن صالح رجلاً على أن يسقى أرضه
من نهر الرجل يوماً أو يومين ، أو من
١٧٣ عينه ، وقدره بشيء يُعلم به ، ...
- ١٨٨٤ - مسألة : (ويجوز أن يشتري ممرّاً في دار ، وموضعاً
في حائطه يفتح به باباً ، وبقعة يحفرها بئرّاً)
١٧٤
- ١٨٨٥ - مسألة : (و) أن يشتري (علو بيت يبنى عليه

الصفحة

١٧٥ ، ١٧٤

بنيانا موصوفا)

تنبيه : حيث صححنا ذلك ، فمتى زال ،
فله إعادته مطلقا ، ويرجع بأجرة

١٧٥

مدة زواله عنه ...

فائدة : حكم المصالحة في ذلك كله ، حكم

١٧٥

البيع ...

١٨٨٦ - مسألة : (وإن حصل في هوائه أغصان شجرة

غيره ، فطالبه بإزالتها ، فله ذلك . فإن

١٧٧ ، ١٧٦

أبى ، فله قطعها)

فائدة : إذا حصل في ملكه أو هوائه أغصان

١٧٦

شجرة ، ...

١٨٨٧ - مسألة : (فإن صالحه عن ذلك بعوض ، لم يجوز) ١٧٧ - ١٧٩

١٨٨٨ - مسألة : (فإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما ،

١٨٢ - ١٧٩

جاز ، ولم يلزم)

فائدتان ؛ إحداهما ، حكم عروق الشجرة

في غير أرض مالكها ،

١٨٠

حكم الأغصان ...

الثانية ، صلح من مال حائطه ، أو

زلق من خشبه إلى ملك

١٨٠

غيره ، كالأغصان ...

فصل : وكذلك الحكم فيما امتد من عروق

١٨١

شجر إنسان إلى أرض جاره ، ...

١٨٨٩ - مسألة : (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ

١٨٨ - ١٨٢

جناحا ، ولا ساباطا ، ولا دكانا)

فائدتان ؛ إحداهما ، لا يجوز إخراج الميازيب

- إلى الطريق النافذ ، ولا
إلى درب غير نافذ إلا
١٨٤ بإذن أهله ...
الثانية ، لم يذكر الأصحاب
مقدار طول الجدار الذى
يشرع عليه الجناح
١٨٥ والميزاب والسباط ، ...
تنبيه : محل عدم الجواز والضمان فى الجناح
١٨٤ والسباط والميازيب ، ...
فصل : ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق
الأعظم ، ولا إلى درب نافذ إلا
١٨٦ بإذن أهله ...
تنبيه : يتعلق بذكر مَنْ ذَكَرَ الدُّكَّانَ مِنْ
الفقهاء وَمَنْ ذَكَرَ الدُّكَّةَ وتعريف كل
١٨٧ من الدكان والدكة .
١٨٩٠ - مسألة : (ولا) يجوز (أن يفعل ذلك فى ملك
إنسان ، ولا درب غير نافذ إلا بإذن
١٨٨ أهله)
١٨٩١ - مسألة : (فإن صالح عن ذلك بعوض ، جاز فى أحد
الوجهين)
١٨٩ ، ١٩٠
فصل : ولا يجوز أن يحفر فى الطريق النافذة
١٨٩ بئراً لنفسه ، ...
١٨٩٢ - مسألة : (وإذا كان ظهر داره فى درب غير نافذ ،
ففتح فيه باباً لغير الاستطراق ، جاز)
١٩٠ ، ١٩١ (ويحتمل أن لا يجوز)

١٨٩٣ - مسألة : (وإن فتحه للاستطراق ، لم يجوز إلا

١٩١ بإذنهم)

فصل : وإن كان ظهر داره إلى زقاق نافذ ،

١٩١ ففتح في حائطه بابا إليه ، جاز ؛ ...

١٨٩٤ - مسألة : (ولو كان بابه في آخر الدرب ، ملك نقله

١٩٦-١٩٢ إلى أوله ، ...)

فصل : فإن كان في الدرب بابان لرجلين ؛

أحدهما قريب من باب الزقاق ،

١٩٣ والآخر في داخله ، ...

تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يأذن له من

١٩٣ فوقه ...

فصل : إذا كان لرجل داران متلاصقتان ،

ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر

١٩٤ الأخرى ، ...

فوائد ؛ إحداها ، لو كان لرجل داران ؛

ظهر كل واحدة منهما

١٩٤ إلى ظهر الأخرى ، ...

الثانية ، الصحيح من المذهب ، أن

الجار يُمنع من التصرف في

١٩٥ ملكه بما يضر بجاره ؛ ...

الثالثة ، لو ادعى أن بثره فسدت من

١٩٦ خلاء جاره ، ...

الرابعة ، ليس له منعه من تعلية

١٩٧ داره ، ...

فصل : إذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ،

ولم يكن فيه باب لغيرهما ، ففيه ثلاثة
أوجه ؛ ...

١٩٥

١٨٩٥ - مسألة : (وليس له أن يفتح في حائط جاره ، ولا
الحائط المشترك زُوْرَنة ولا طاقًا بغير إذن

١٩٨ ، ١٩٧

(صاحبه

١٨٩٦ - مسألة : (وليس له وضع خشبه عليه إلا عند

الضرورة ، بأن لا يمكنه التسقيف إلا به) ١٩٨ - ٢٠٢

فائدة : يلزم الأعلى بناء ستره تمنع مشاركة

١٩٨

الأسفل ...

فائدة : ذكر الأصحاب الضرورة ، مثل أن

يكون للجار ثلاثة جدر ، وله جدار

٢٠١

واحد ؛ ...

١٨٩٧ - مسألة : (وعنه ، ليس له وضع خشبه على جدار

المسجد . وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على

٢٠٢ - ٢٠٨

جدار جاره)

تنبيه : ظاهر قوله : وعنه ، ليس له وضع

خشبه على جدار المسجد ، أن المقدم

٢٠٢

جواز وضعه عليه ، ...

فوائد تتعلق بالحكم إذا كان له حق ماء يجري

على سطح جاره ، أو ملك وضع

خشبه على حائط فزال بسقوطه ،

وهل يملك إجارة بيته أو إعارته إذا كان

له وضع خشبه على جدار غيره ؟ وإذا

أذن له جاره في البناء على حائطه فهل

٢٠٣ - ٢٠٧

تصير عارية ؟

- فصل : ومن ملك وضع خشبه على حائط ،
فزال لسقوطه ، أو قلعه ، أو ... ،
فله إعادة خشبه ؛ ... ٢٠٤
- فصل : وإذا كان له وضع خشبه على جدار
غيره ، لم يملك إجارته ولا
إعارته ؛ ... ٢٠٥
- فصل : فإن أذن صاحب الحائط لجاره في
البناء على حائطه ، ... ٢٠٥
- فصل : وإن أذن له في وضع خشبه ، ... ٢٠٦
- فصل : وإذا وجد بناءه أو خشبه على حائط
مشترك ، ... ٢٠٧
- فصل : وإذا ادعى رجل دارًا في يد
أخوين ، ... ٢٠٧
- ١٨٩٨ - مسألة : (وإن كان بينهما حائط فانهدم ، فطالب
أحدهما صاحبه ببناؤه ، ...) ٢٠٨ - ٢١٠
- ١٨٩٩ - مسألة : (وليس له منعه من بنائه) ٢١١
- ١٩٠٠ - مسألة : (فإن بناه بآلته ، فهو بينهما ، وإن بناه
بآلة من عنده ، فهو له ، ...) ٢١١ - ٢١٨
- فصل : فإن لم يكن بين ملكيهما حائط ،
فطلب أحدهما من الآخر أن يبنيا
حائطًا يحجز بين ملكيهما ، ... ٢١٤
- فائدة : قال في ... : فإن قيل : فعندكم لا
يجوز للجار منع جاره من الانتفاع
بوضع خشبه على جداره ، فكيف
منعتم هنا ؟ ٢١٤

الصفحة

فصل : فإن كان السفلى لرجل ، والعلو
لآخر ، فانهدم السقف الذى

٢١٥

بينهما ، ...

فوائد تتعلق بحكم إجبار الجار على بناء الحائط
مع جاره ، وإجبار الشريك على
العمارة مع شريكه فى الأملاك
المشتركة ، وحكم إجباره إذا استُهدِم
جدارهما أو خيف ضرره على نقضه ،
أو بناء حائط بين ملكيهما ، وهل يصح
اتفاقهما على بناء حائط مشترك بينهما
نصفين ، على أن ثلثه لواحد ، وثلثيه
لآخر ؟

٢١٨ - ٢١٥

فصل : فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ،

٢١٦

فانهدم ، ...

فصل : ومتى هدم أحد الشريكين الحائط
المشترك ، أو السقف الذى

٢١٨

بينهما ، ...

فصل : فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك
بينهما نصفين ، وملكه بينهما الثلث

٢١٨

والثلثان ، لم يصح ، ...

١٩٠١ - مسألة : (وإن كان بينهما نهر ، أو بئر ، أو
دولاب ، أو ... ، فاحسب إلى

٢١٩ ، ٢١٨

عمارة ، ...)

١٩٠٢ - مسألة : (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارة

الصفحة

- كالخائط ، فإن عمره ، فالماء بينهما على
الشركة)
٢١٩-٢٢٣ فوائد ؛ الأولى ، لو اتفقا على بناء حائط
٢٢٠ بستان ، فبنى أحدهما ، ...
الثانية ، لو كان السفلى لواحد ،
والعلو لآخر ، فالسقف
٢٢٠ بينهما ، ...
الثالثة ، لو كان بينهما طبقة ثالثة ،
فهل يشترك الثلاثة في بناء
السفل ، والاثنان في بناء
الوسط ؟
٢٢٢ فصل : وليس للرجل التصرف في ملكه بما
٢٢١ يضر به جاره ، ...
فصل : فإن كان سطح أحدهما أعلى من
٢٢٢ سطح الآخر ، ...

كتاب الحجر

- ١٩٠٣ - مسألة : (وهو على ضربين) ... و (حَجَر
لحق غيره)
٢٢٥-٢٢٨ فائدتان ؛ إحداهما ، الحَجَر عبارة عن ...
الثانية ، قوله : وهو على ضربين ،
حجر لحق الغير . وحجر
٢٢٥ لحق نفسه ...
١٩٠٤ - مسألة : (ومن لزمه دين مؤجل ، لم يطالب به قبل
أجله)
٢٢٨

- ١٩٠٥ - مسألة : (فإن أراد سفرًا يحل الدين قبل مدته ،
فلغريمه منعه ، إلا أن يوثقه برهن أو
كفيل) ٢٢٨ ، ٢٢٩
- تنبيه : قوله : فإن أراد سفرًا يحل الدين قبل
مدته ، فلغريمه منعه ، إلا أن يوثقه
برهن ، أو كفيل ... ٢٢٨
- ١٩٠٦ - مسألة : (فإن كان لا يحل) الدين (قبله ، ففى
منعه روايتان) ٢٢٩ - ٢٣١
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن الروايتين فى
السفر ، سواء كان مخوفًا أو غير
مخوف ... ٢٣٠
- فائدتان ؛ إحداهما ، اختار الشيخ تقي
الدين ، أن من أراد
سفرًا ، وهو عاجز عن
وفاء دينه ، ... ٢٣١
- الثانية ، لو طُلب منه دين حال
يقدر على وفائه ، فسافر
قبل وفائه ، ... ٢٣١
- ١٩٠٧ - مسألة : (وإن كان حالًا ، وله مال يفى به ،
لم يحجر عليه) ٢٣٢
- فائدة : إذا حُبس ، فليس للحاكم إخراجه
حتى يتبين له أمره ، ... ٢٣٣
- ١٩٠٨ - مسألة : (فإن أصر باعه الحاكم وقضى دينه) ٢٣٣ - ٢٣٥
- فائدتان ؛ إحداهما ، متى باع الحاكم
عليه ، ... ٢٣٤

الثانية ، لو مظل غريمه حتى
أحوجه إلى الشكاية ، فما
غرمه بسبب ذلك يلزم

المماطل ... ٢٣٥

١٩٠٩ - مسألة : (وإن ادعى الإعسار ، وكان دينه عن
عوض ، كالبيع والقرض ، أو عرف له

مال سابق ، ...) ٢٣٦ - ٢٤٥

فوائد تتعلق بما تقوم به البينة على المُعْيسر . ٢٣٩ - ٢٤٢
فائدتان ؛ إحداهما ، لو قامت بينة للمفلس

بمال معين ، فأنكر ، ... ٢٤٣

الثانية ، يحرم على المفلس أن يخلف
أنه لاحق عليه ،

ويتأول ... ٢٤٤

فصل : ومتى ثبت إعساره عند الحاكم ، لم

يجز مطالبته ولا ملازمته ... ٢٤٤

١٩١٠ - مسألة : (وإن كان) حالا و (له مال لا يفي

بدينه ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر

عليه ، لزمته إجابتهم) ٢٤٥ ، ٢٤٦

تنبيهات ؛ أحدها ، قوله : وإن كان له مال

لا يفي بدينه ... ٢٤٥

الثاني ، ظاهر قوله : فسأل

غرماؤه الحجر ... ٢٤٥

الثالث ، ظاهر كلامه أيضا ، أن

المعسر لو طلب الحجر

على نفسه من الحاكم ، لا

٢٤٦ يلزمه إجابته إلى ذلك...

فصل : وتصرفه قبل حجر الحاكم في ماله

٢٤٦ نافذ ؛ ...

١٩١١ - مسألة : (ويستحب) إظهار الحجر عليه

٢٤٦ (والإشهاد عليه)

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :

(ويتعلق بالحجر عليه أربعة

أحكام ؛ أحدها ، تعلق حق الغرماء

٢٤٧ بماله ، ...)

فائدتان ؛ إحداهما ، لو باع ماله لغريم بكل

٢٥١ الدين الذى عليه ، ...

الثانية ، يملك رد معيب اشتراه قبل

٢٥١ الحجر ، ...

١٩١٢ - مسألة : (وإن تصرف في ذمته بشراء ، أو ضمان ،

أو إقرار ، صح . ويُتبع به بعد فك

٢٥٢ ، ٢٥١ الحجر عنه)

١٩١٣ - مسألة : (وإن جنى ، شارك المجنى عليه الغرماء ،

٢٥٣ ، ٢٥٢ وإن جنى عبده ، قدم المجنى عليه بثمنه)

تنبيه : ظاهر كلامه ، أن من عامله بعد

٢٥٢ الحجر ، لا يرجع بعين ماله ...

فصل : قال ، رحمه الله : (الثانى ، أن من

وجد عنده عينا باعها إياه ، فهو أحق

٢٥٣ بها ، بشرط ...)

تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن رب العين

لو مات ، كان لورثته أخذ

٢٥٤ السلعة ، ...

- فصل : وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخي ؟ ... ٢٥٧
- فصل : فإن بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليتركها ، ... ٢٥٧
- فصل : فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد الحجر في ذمته ، وتعذر الاستيفاء ، ... ٢٥٨
- فصل : ومن استأجر أرضاً للزرع ، فأفلس قبل مضي شيء من المدة ، ... ٢٥٩
- تنبيه : من صور تلف البعض ، إذا استأجر أرضاً للزرع ، فأفلس بعد مضي مدة لمثلها أجرة ، ... ٢٥٩
- فوائد : إحداها ، لو وطئ البكر ، امتنع الرجوع ... ٢٥٩
- الثانية ، لا يمنع الأخذ تزويج الأمة ، ... ٢٦١
- الثالثة ، لو خرجت السلعة عن ملكه قبل الحجر ، ورجعت بعد الحجر ، ... ٢٦١
- فصل : فإن أقرض رجلاً مالاً ، ثم أفلس المقرض ، وعين المال قائمة ، ... ٢٦٢
- فصل : وإنما يستحق الرجوع في السلعة بشروط خمسة ؛ ... ٢٦٣
- فائدتان ؛ إحداها ، لو كان حياً ، فصار زرعاً ، أو بالعكس ، ... ٢٦٤

الصفحة

- الثانية ، لو خلط المبيع أو بعضه
 ٢٦٤ بمالا يتميز منه ، ...
 فصل : الشرط الثالث ، أن تكون السلعة
 ٢٦٨ باقية بعينها لم يتلف بعضها ، ...
 فائدة : لو مات الراهن ، وضاعت التركة
 ٢٦٨ عن الديون ، ...
 فصل : فإن تغيرت صفتها بما يزيل اسمها ،
 فطحن الخنطة ، أو زرعها ،
 ٢٧٠ أو ... ، سقط حق الرجوع ...
 فصل : فإن كان حباً فصار زرعاً ، أو
 ٢٧١ بالعكس ، ...
 ١٩١٤ - مسألة : (ولم يتعلق بها حق من شفعة ، أو جناية ،
 ٢٧٥ - ٢٧٢ أو رهن)
 فصل : فإن كان المبيع شقصاً مشفوعاً ،
 ٢٧٣ ففيه ثلاثة أوجه ؛ ...
 فصل : فإن كان المبيع عبداً ، فأفلس
 المشتري بعد تعلق أرش الجناية
 ٢٧٤ برقبته ، ففيه وجهان ؛ ...
 فصل : فإن أفلس بعد خروج المبيع من
 ٢٧٤ ملكه ؛ ...
 ١٩١٥ - مسألة : (ولم تزد زيادة متصلة ، كالسمن ،
 ٢٧٧ - ٢٧٥ وتعلم صنعة)
 ١٩١٦ - مسألة : (فأما الزيادة المنفصلة ، والنقص بهزال ،
 أو نسيان صنعة ، فلا يمنع الرجوع ،
 ٢٨٣ - ٢٧٧ والزيادة للمفلس . وعنه ، للبائع)

- فائدة : لو كان حملاً عند البيع ، أو عند الرجوع ، ... ٢٧٨
- فصل : فإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفة ، مع بقاء عينه ، ... ٢٧٩
- فصل : وإن جرح العبد ، أو شج ، ... ٢٨٠
- فصل : فإن اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر ، أو ... ، سقط حق الرجوع ... ٢٨٢
- ١٩١٧ - مسألة : (وإن صبغ الثوب أو قصره ، لم يُمنع الرجوع ، ...) ٢٨٣ - ٢٩٧
- فصل : فإن قصر الثوب ، لم يخل من حالين ؛ ... ٢٨٥
- فصل : وإن اشترى صبغاً فصبغ به ثوبا ، أو زيتا فلت به سويقا فبائعهما أسوة الغرماء ... ٢٨٧
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو كانت السلعة صبغا ، فصبغ به ، أو زيتا فلت به ، ... ٢٨٧
- الثانية ، لو كان الثوب والصبغ من واحد ، ... ٢٨٨
- فصل : ولو اشترى أمةً حاملاً ، ثم أفلس وهي حامل ، ... ٢٨٨
- فصل : فإن اشترى حائلاً ، فحملت ، ثم أفلس وهي حامل ، فزادت قيمتها به ، ... ٢٩٠

فصل : فإن كان المبيع نخلاً أو شجراً ،

فأفلس المشتري ، لم يخل من أربعة

أحوال ؛ ... ٢٩٠

فصل : فإن أقر الغرماء بالطلع أو الزرع

للبياع ، ولم يشهدوا به ، ... ٢٩٤

فصل : فإن صدّق المفلس البائع في الرجوع

قبل التأبير ، وكذبه الغرماء ، ... ٢٩٥

فصل : وإن أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ

سنة ، وكان العبد قد اكتسب بعد

ذلك مالاً وأنكر الغرماء ، ... ٢٩٦

١٩١٨ - مسألة : (وإن غرس الأرض ، أو بنى فيها ، فله

الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء ،

فيملكه ، إلا أن يختار المفلس والغرماء

القلع ومشاركته بالنقص) ٢٩٧ - ٢٩٩

١٩١٩ - مسألة : (فإن أبوا القلع ، وأبى دفع القيمة ،

سقط الرجوع) ٣٠٠ - ٣٠٩

فصل : فإن اشترى غراساً فغرسه في

أرضه ، ثم أفلس ، ولم يزد

الغراس ، ... ٣٠٢

فوائد تتعلق بحكم الرجوع إذا كان المبيع

شجراً أو نخلاً ، والحكم إذا رجع

البائع في موضع لا يتبع الثمر الشجر ،

وهل له أخذه من غير حكم حاكم إذا

كملت الشروط ؟ ولو حكم حاكم

بكونه أسوة الغرماء ، وكيفية

- الاسترجاع في السلعة ، وما يستثنى
من جواز الأخذ بعد كمال الشروط ،
٣٠٨ - ٣٠٢ كيفية أخذ السلعة .
- فصل : وإن اشترى أرضًا من رجل وغراسا
من آخر ، فغرسه فيها ، ثم أفلس ،
٣٠٤ ولم يزد الشجر ، ...
- فصل : فإن كان المبيع صيدًا ، فأفلس
المشتري ، والبائع محرم ، ... ٣٠٥
- فصل : إذا أفلس وفي يده عينٌ دينٌ بائعها
مؤجل ، وقلنا : لا يحل الدين
٣٠٦ بالفلس ...
- فصل : قال أحمد ، في رجل ابتاع طعامًا
نسيئة ونظر إليه وقلبه ، وقال :
أقبضه غدًا . فمات البائع وعليه
دين ، ... ٣٠٧
- فصل : ورجوع البائع فسخ للبيع ، ... ٣٠٨
- فصل : قال ، رحمه الله تعالى : (الحكم
الثالث ، بيع الحاكم ماله وقَسْمُ ثمنه ،
وينبغي أن يُحضِّره ويحضر
٣٠٩ الغرماء ، ...)
- ١٩٢٠ - مسألة : (ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته
من مسكن وخادم) ٣١١ - ٣١٣
- فصل : فإن كان المسكن والخادم الذي لا
يستغنى عنهما عين مال بعض
٣١٣ الغرماء ، ...

فائدة : يترك له أيضا آلة حرفة ، فإن لم يكن صاحب حرفة ، ترك له ما يتجر

به ... ٣١٣

١٩٢١ - مسألة : (ويُنفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من

قسمة بين غرمائه) ٣١٤-٣١٧

تنبيه : مراد المصنف وغيره بترك المسكن

والخادم وغيرهما ، ... ٣١٤

فصل : وإن مات المفلس ، كفّن من

ماله ؛ ... ٣١٦

فصل : وإن كان المفلس ذا صنعة ، ... ٣١٦

فائدة : لو مات ، جُهِز من ماله ، كنفقة... ٣١٦

فصل : وإذا تلف شيء من مال المفلس تحت

يد الأمين ، ... ٣١٧

١٩٢٢ - مسألة : (ويبدأ بيع ما يسرع إليه الفساد) ٣١٨

١٩٢٣ - مسألة : (ويعطى المئادى أجرته من المال) ٣١٨

١٩٢٤ - مسألة : (ويبدأ بالجنى عليه ، فيدفع إليه الأقل من

الأرض أو ثمن الجاني) ٣١٩

تنبيه : مراده بقوله : ويبدأ بالجنى عليه ... ٣١٩

١٩٢٥ - مسألة : (ثم بمن له رهن ، فيخصّ بضمنه) ٣١٩-٣٢٣

فصل : ولو باع شيئاً أو باعه وكيله ، وقبض

الثلث ، فتلّف وتعذر رده ،

وخرجت السلعة مُستحقة ، ... ٣٢٠

فصل : ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه ،

أو ... ، ثم أفلس المُؤجر ، ... ٣٢١

فصل : ولو باع سلعة ، ثم أفلس قبل

الصفحة

- تقييضها ، ... ٣٢٢
- ١٩٢٦ - مسألة : (ثم بمن له عين مال يأخذها) ٣٢٣ ، ٣٢٤
- ١٩٢٧ - مسألة : (فإن كان فيهم من له دين مؤجل ، لم يحل . وعنه ، ...) ٣٢٤ - ٣٢٦
- ١٩٢٨ - مسألة : (ومن مات وعليه دين مؤجل ، لم يحل إذا وثق الورثة . وعنه ، أنه يحل) ٣٢٦ - ٣٣٦
- فوائد : الأولى ، إذا لم يكن له وارث ، ... ٣٢٨
- الثانية ، قال في « التلخيص » :
حكم من طرأ عليه جنون
حكم المفلس والميت ، في
حلول الدين وعدمه ... ٣٢٨
- الثالثة ، متى قلنا بحلول الدين
المؤجل ، ... ٣٢٨
- الرابعة ، هل يمنع الدين انتقال
التركة إلى الورثة ، أم لا
يمنع ؟ ... ٣٢٩
- فصل : ذكر بعض أصحابنا في من مات
وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل
التركة إلى الورثة ؟ ... ٣٣٤
- ١٩٢٩ - مسألة : (وإن ظهر غريم بعد قسم ماله ، رجع على
الغرماء بقسطه) ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : ولو أفلس وله دار مستأجرة ،
فانهدمت بعد قبض المفلس
الأجرة ، ... ٣٣٧
- ١٩٣٠ - مسألة : (وإن بقيت على المفلس بقية ، وله صنعة ،
فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها ؟ ...) ٣٣٩ - ٣٤٣
- فائدة : الصحيح من المذهب ، أنه يجبر على

الصفحة

- ٣٤١ إيجار موقوف عليه ، ...
- فصل : ولا يجبر على قبول صدقة ، ولا هدية ، ولا وصية ، ولا قرض ، ولا المرأة على التزويج ، ... ٣٤٢
- فصل : وإن جُنِيَ على المفلس جناية توجب المال ، ... ٣٤٢
- ١٩٣١ - مسألة : (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم) ٣٤٣ ، ٣٤٤
- فصل : وإذا فُكَّ الحجر عنه ، فليس لأحد مطالبته ، ولا ملازمته ، حتى يملك مالا ، ... ٣٤٤
- ١٩٣٢ - مسألة : (ومتى فك عنه الحجر ، فلزمته ديون) وظهر له مال (فحجر عليه ، شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني) ٣٤٥
- ١٩٣٣ - مسألة : (وإن كان للمفلس حق له به شاهد ، فأبى أن يحلف معه ، لم يكن لغرمائه أن يحلفوا) ٣٤٥ ، ٣٤٦
- تنبيه : يؤخذ من قوله : وإن كان للمفلس حق له به شاهد ، فأبى أن يحلف معه ، ... عدم وجوب اليمين عليه ، ... ٣٤٥
- فصل : (الحكم الرابع ، انقطاع المطالبة عن المفلس ، فمن أقرضه شيئا ، أو باعه ، ...) ٣٤٦
- فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (الضرب الثاني ، المحجور عليه لحظه ؛ وهو الصبي ، والمجنون ، والسفيه) ٣٤٧

- ١٩٣٤ - مسألة : (فلا يصح تصرفهم قبل الإذن) ٣٤٨
- ١٩٣٥ - مسألة : (ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض ، رجع فيه ما كان باقيا) ٣٤٩ ، ٣٤٨
- تنبيه : محل هذا ، إذا كان صاحب المال قد سلطه عليه ؛ ... ٣٤٩
- ١٩٣٦ - مسألة : (وإن جَنَوْا فعليهم أرش الجناية) ٣٥٠
- ١٩٣٧ - مسألة : (ومتى عقل المجنون ، وبلغ الصبي ، ورشد ، انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ، ودفع إليهما مالهما ، ...) ٣٥١ - ٣٥٥
- فصل : ومتى انفك الحجر عنهما ، دفع إليهما مالهما ؛ ... ٣٥٢
- فصل : ولا ينفك عنه الحجر ، ولا يدفع إليه ماله قبل البلوغ والرشد ، ولو صار شيخاً ... ٣٥٢
- ١٩٣٨ - مسألة : (والبلوغ يحصل بالاحتلام ، أو بلوغ خمس عشرة سنة ، أو نبات الشعر الخشن حول القبل ، وتزيد الجارية بالحيض والحمل) ٣٥٥ - ٣٦١
- فائدة : لو وجد مَنِيٌّ من ذكر خنثى مشكل ، فهو علم على بلوغه ، ... ٣٥٦
- فصل : والحيض علم على البلوغ في حق الجارية ... ٣٥٩
- فصل : إذا وجد خروج المني من ذكر الخنثى المشكل ، ... ٣٦٠
- ١٩٣٩ - مسألة : (والرشد الصلاح في المال) ٣٦٢ ، ٣٦٣

- ١٩٤٠ - مسألة : (ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر) ٣٦٣
 فائدة : قوله : ولا يدفع إليه ماله حتى
 يختبر - يعنى ، ... ٣٦٣
- ١٩٤١ - مسألة : (وأن يحفظ ما فى يده عن صرفه فيما لا
 فائدة فيه ؛ كالغناء ، والقمار ، وشراء
 المحرمات) ٣٦٤
- ١٩٤٢ - مسألة : (وعنه ، لا يُدفع إلى الجارية مالها بعد
 رشدها ، حتى تتزوج وتلد ، أو تقيم فى
 بيت الزوج سنة) ٣٦٤ ، ٣٦٥
- تنبيه : دخل فى كلام المصنف ، إذا بلغت
 الجارية ورشدت ، دفع إليها مالها ... ٣٦٦
- ١٩٤٣ - مسألة : (ووقت الاختبار قبل البلوغ) ٣٦٦ ، ٣٦٧
 فائدة : لا يختبر إلا المميز والمراهق الذى
 يعرف البيع والشراء ، والمصلحة
 والمفسدة ... ٣٦٧
- فصل : قال ، رضى الله عنه : (ولا تثبت
 الولاية على الصبى والمجنون إلا
 للأب) ٣٦٨
- تنبيه : ظاهر قوله : ثم لوصيه ، ثم للحاكم ... ٣٦٩
 فائدتان ؛ إحداهما ، يشترط فى الحاكم ما
 يشترط فى الأب ، ... ٣٦٩
- الثانية ، بلى كافر عدل مال ولده
 الكافر ... ٣٦٩
- ١٩٤٤ - مسألة : (وليس لوليها التصرف فى مالهما ، إلا
 على وجه الحظ لهما) ٣٧٠ ، ٣٧١

- ١٩٤٥ - مسألة : (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً
 لنفسه ، ولا يبيعهما ، إلا الأب) ٣٧١ ، ٣٧٢
- ١٩٤٦ - مسألة : (ولوليها مكاتبه رقيقهما ، وعتقه على
 مال) ٣٧٢ ، ٣٧٣
- تنبیه : مفهوم قوله : وعتقه على مال ... ٣٧٣
 فائدة : من شرط صحة مكاتبه رقيقهما
 وعتقه على مال ، أن يكون فيه
 حظ لهما ؛ ... ٣٧٣
- ١٩٤٧ - مسألة : (و) له (تزويج إمائهما) ٣٧٣
 فائدة : العبيد في ذلك كالإماء ، ... ٣٧٤
- ١٩٤٨ - مسألة : (و) له (السفر بمالهما) ٣٧٣
- ١٩٤٩ - مسألة : (والربح كله لليتيم) ٣٧٦
- ١٩٥٠ - مسألة : (فأما إن دفعه إلى غيره ، فللمضارب ما
 جعل له الولي ووافقه عليه في قولهم
 جميعاً ؛ ... ٣٧٧
- فصل : وله إبطاع ماله ، وهو دفعه إلى من
 يتجر به ... ٣٧٧
- ١٩٥١ - مسألة : (و) يجوز له (بيعه نساءً) ٣٧٧
- ١٩٥٢ - مسألة : (و) له (قرضه برهن) ٣٧٨ - ٣٨١
- فوائد تتعلق بحكم أخذ الرهن عن مال اليتيم
 إن أمكن ، وجواز إيداعه مع إمكان
 قرضه ، وعدم جواز قرضه لمودة
 ومكافأة ، وعدم جواز اقتراض
 الوصي والحاكم منه شيئاً ، وجواز رهن
 مالهما للحاجة عند ثقة . ٣٨٠ ، ٣٨١

- فصل : قال أبو بكر : هل يجوز للوصى أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ ... ٣٨١
- ١٩٥٣ - مسألة : (و) له (شراء العقار لهما ، وبناءه بما جرت عادة أهل بلده به ، إذا رأى المصلحة في ذلك كله) ٣٨١ ، ٣٨٢
- فصل : ويجوز له أن يبنى لهما عقارًا ... ٣٨٢
- ١٩٥٤ - مسألة : (وله شراء الأضحية لليتيم الموسر . نص عليه) ٣٨٣ ، ٣٨٤
- فصل : ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به ، وألين في الجبر ، وأمكن في حصول الأدم ، فهو أولى ... ٣٨٤
- ١٩٥٥ - مسألة : (و) يجوز (تركه في المكتب ، وأداء الأجرة عنه) ٣٨٥
- ١٩٥٦ - مسألة : (ولا يبيع عقارهم إلا لضرورة أو غبطة ؛ وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعدًا) ٣٨٧ - ٣٨٥
- فائدتان ؛ إحداهما ، له تعليمه ما ينفعه ، ومداواته بأجرة ؛ ... ٣٨٥
- الثانية ، للولى أن يأذن للصغيرة أن تلعب باللعب - إذا كانت غير مصورة - وشرائها لها بما لها ... ٣٨٥
- ١٩٥٧ - مسألة : (وإن وصى لأحدهما بمن يعق عليه ولا تلزمه نفقته ، لإعسار الموصى له أو غير ذلك ، وجب على الولي قبول الوصية) ٣٨٨
- فصل : قال ، رحمه الله : (ومن فكّ عنه

- الحجر ، فعاود السّفه ، أعيد الحجر
 ٣٨٨ عليه)
 ١٩٥٨ - مسألة : (ولا ينظر في ماله إلا الحاكم) ٣٩٠
 ١٩٥٩ - مسألة : (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه) ٣٩٠ ، ٣٩١
 فائدة : لو جُنَّ بعد رشده ، فوليه الحاكم ... ٣٩١
 ١٩٦٠ - مسألة : (ويستحب إظهار الحجر عليه) ٣٩٢
 ١٩٦١ - مسألة : (ويصح تزويجه بإذن وليه) ٣٩٢ - ٣٩٤
 تنبيه : مفهوم قوله : ويصح تزويجه بإذن
 وليه ... ٣٩٢
 فصل : وإن خالع ، صح خلعه ؛ ... ٣٩٣
 فوائد تتعلق بتزويج الوليّ للسفيه ولزوم
 تعيين المرأة في حال إذنه له ، وإذا
 عَلِمَ أنه يطلق إذا زُوج ، وصحة خلعه ،
 ولو وجب عليه كفارة بما يكفر ؟
 والإنفاق عليه بالمعروف وصحة تدبيره
 ووصيته . ٣٩٣ ، ٣٩٤
 ١٩٦٢ - مسألة : (وهل يصح عتقه ؟ على روايتين) ٣٩٥
 فصل : ويصح تدبيره ، ووصيته ؛ ... ٣٩٥
 ١٩٦٣ - مسألة : (وإن أقر بحد ، أو قصاص ، أو نسب ،
 أو طلق زوجته ، أخذ به) ٣٩٧ - ٣٩٩
 فصل : وإن أقر بما يوجب القصاص ، فعفا
 المُقر له على مال ، ... ٣٩٨
 فائدة : لا يفرّق السفيه زكاة ماله بنفسه ، ... ٣٩٨
 فصل : وإن أقر بنسب ولد ، قبل منه ؛ ... ٣٩٩
 ١٩٦٤ - مسألة : قال : (وإن أقر بمالي ، لم يلزمه في حال
 حجره . ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً) ٣٩٩ - ٤٠١

- ١٩٦٥ - مسألة : (وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي
٤٠١ الصبي والمجنون)
- ١٩٦٦ - مسألة : قال الشيخ ، رحمه الله : (وللولى أن يأكل
٤٠٢ من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه)
- تنبيه : ظاهر قوله : وللولى أن يأكل من مال
٤٠٢ المولى عليه ...
- تنبيه آخر : فظاهر قوله : يأكل بقدر
٤٠٢ عمله ...
- ١٩٦٧ - مسألة : (وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر ؟ على
٤٠٤ ، ٤٠٣ روايتين)
- ٤٠٣ تنبيه : محل ذلك فى غير الأب ، ...
- ١٩٦٨ - مسألة : (وكذلك يُخرج فى الناظر فى الوقف) ٤٠٥ ، ٤٠٤
- فوائد : إحداها ، الحاكم أو أمينه إذا نظر فى
مال اليتيم ، فقال القاضى
مرة : لا يأكل ، وإن أكل
٤٠٥ الوصى ...
- الثانية ، الوكيل فى الصدقة لا يأكل
٤٠٥ منها شيئاً لأجل العمل ...
- ١٩٦٩ - مسألة : (ومتى زال الحجر ، فادعى على الولي
تعدياً ، أو ما يوجب ضماناً ، فالقول
٤٠٦ قول الولي)
- ١٩٧٠ - مسألة : (وكذلك القول قوله فى دفع المال إليه
٤٠٧ بعد رشده)
- ٤٠٧ تنبيه : محل هذا ، إن كان متبرعاً ...

- فائدة : يقبل قول الأب ، والوصى ،
 ٤٠٨ والحاكم ، وأمينه ، و ...
 ١٩٧١ - مسألة : (وهل للزوج أن يجبر على امرأته في التبرع بما زاد
 على الثلث من مالها ؟ على روايتين)
 ٤١٢ - ٤٠٨
 تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف ، إذا كانت
 رشيدة ، فأما غير
 ٤١٠ الرشيدة ، ...
 الثاني ، مفهوم قوله : بما زاد على
 ٤١٠ الثلث ...
 فصل في الإذن : قال الشيخ ، رحمه الله :
 (يجوز لولى الصبي المميز
 أن يأذن له في التجارة ،
 ٤١٢ في إحدى الروايتين)
 ١٩٧٢ - مسألة : (ويجوز ذلك لسيد العبد)
 ٤١٣
 ١٩٧٣ - مسألة : (ولا ينفك عنهما الحجر ، إلا فيما أذن
 لهما فيه ، وفي النوع الذي أمر به)
 ٤١٣ ، ٤١٤
 فائدة : قال في « الفروع » : وظاهر
 كلامهم ، أنه كمضارب في البيع
 ٤١٥ نسيئة وغيره .
 ١٩٧٤ - مسألة : (وإن أذن له في جميع أنواع التجارة ، لم
 ٤١٥ يجز أن يؤجر نفسه ، ...)
 ١٩٧٥ - مسألة : (وهل له أن يؤكل فيما يتولى مثله
 بنفسه ؟ على روايتين)
 ٤١٦ ، ٤١٥
 فائدة : هل للصبي المأذون له أن يوكل ؟
 ٤١٦
 ١٩٧٦ - مسألة : (وإن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينه ،
 لم يصير مأذونا له)
 ٤١٦
 ١٩٧٧ - مسألة : (وما استدان العبد ، فهو في رقبته ، يفديه
 سيده أو يسلمه . وعنه ، يتعلق بدمته ،
 يتبع به بعد العتق ، إلا المأذون له ، ...)
 ٤٢٣ - ٤١٧

- فصل : فأما أروش جنائياته ، وقيم متلفاته ،
 ٤١٩ فهي متعلقة برقة العبد ، ...
 فصل : فإن تصرف العبد غير المأذون ببيع ،
 ٤٢١ أو شراء بعين المال ، لم يصح ؛ ...
 تنبيهات ؛ الأول ، يكون التعلق بالدين
 ٤٢٢ كله ...
 الثانى ، محل الخلاف المتقدم فى
 الحالتين ، إنما هو فى
 ٤٢٢ الديون ...
 الثالث ، عموم كلام المصنف ،
 وكثير من الأصحاب ،
 يقتضى جريان الخلاف ،
 ٤٢٣ وإن كان فى يده مال ...
 فائدتان ؛ إحداهما ، حكم ما استدانه أو
 اقترضه بإذن السيد ،
 حكم ما استدانه
 ٤٢٣ للتجارة بإذنه ...
 الثانية ، لا فرق فيما استدانه بين
 أن يكون فيما أُذن له فيه ،
 أو فى الذى لم يؤذن له
 ٤٢٣ فيه ، ...
 ١٩٧٨ - مسألة : (وإذا باع السيد عبده المأذون له شيئا ،
 ٤٢٣ ، ٤٢٤ لم يصح فى أحد الوجهين)
 فائدة : لو ثبت على عبد دين ، ... ، أو
 ٤٢٤ أروش جنائية ، ...

- ١٩٧٩ - مسألة : (ويصح إقرار المأذون له في قدر ما أُذِن له
فيه) ٤٢٥
- ١٩٨٠ - مسألة : (وإن حُجر عليه وفي يده مال ، ثم أُذِن له
فيه ، فأقرب به ، صح) ٤٢٦ ، ٤٢٥
- فائدة : لو اشترى من يعتق على سيده بلا
إذنه ، صح ... ٤٢٦
- ١٩٨١ - مسألة : (ولا يطل الإذن بالإباق) ٤٢٧
- فائدة : لو دبره ، أو استولدها ، لم يطل
إذنه ... ٤٢٧
- ١٩٨٢ - مسألة : (ولا يصح تبرع المأذون له بهية الدراهم
وكسوة الثياب) ٤٢٨
- ١٩٨٣ - مسألة : (وتجوز هديته للمأكول ، وإعارة دابته) ٤٢٩ ، ٤٢٨
- ١٩٨٤ - مسألة : (وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته
بالرغيف ونحوه ، إذا لم يضربه ؟ على
روايتين) ٤٢٩
- فائدة : لا تصح هبة العبد إلا بإذن
سيده ... ٤٣٠
- ١٩٨٥ - مسألة : (وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير
إذنه بنحو ذلك ؟ ...) ٤٣٠ - ٤٣٣

باب الوكالة

- فائدة : الوكالة عبارة عن إذن في تصرف
يملكه الآذن فيما تدخله النيابة ... ٤٣٥
- ١٩٨٦ - مسألة : (تصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن ،
وكل قول أو فعل يدل على القبول) ٤٣٨ - ٤٣٦

- تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، عدم
 صحة الوكالة بالفعل الدال عليها
 ٤٣٧ من الموكل ...
- ١٩٨٧ - مسألة : (ويجوز القبول على الفور أو
 التراخي ، ...)
 ٤٣٨ ، ٤٣٩ فوائد تتعلق بقبول الوكالة ، وشرط صحتها .
 ٤٤٠ - ٤٣٨ فصل : ويجوز تعليقها على شرط ، ...
 ٤٣٩ ١٩٨٨ - مسألة : (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء ، إلا
 ممن يصح تصرفه فيه)
 ٤٤٠ - ٤٤٢ تنبيه : يستثنى من هذه القاعدة صحة توكيل
 الحر الواجد الطول في قبول نكاح
 الأمة لمن تباح له ، و ...
 ٤٤١ فائدة : صحة وكالة المميز في الطلاق
 وغيره ، مبني على صحته منه ...
 ٤٤٢ ١٩٨٩ - مسألة : (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من
 العقود ، والفسوخ ، والعق ،
 والطلاق ، والرجعة ، و ...)
 ٤٤٢ - ٤٤٥ تنبيه : قوله : والعق ، والطلاق ...
 ٤٤٣ فائدتان ؛ إحداهما ، لو أُذن له أن يتصدق
 بمال ، ...
 ٤٤٤ الثانية ، يجوز التوكيل في الإقرار ...
 ٤٤٤ فصل : ولا تصح في الأيمان والنذور ؛ ...
 ٤٤٥ ١٩٩٠ - مسألة : (ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ،
 ومن يزوج وليته إذا كان الوكيل ممن
 يصح منه ذلك لنفسه وموليته)
 ٤٤٦ - ٤٤٩

- فصل : ولا يصح التوكيل في الشهادة ؛
لأنها تتعلق بعين الشاهد ؛ ... ٤٤٧
- فصل : ويجوز التوكيل في المطالبة
بالحقوق ، وإثباتها ، والمحكمة
فيها ، ... ٤٤٧
- ١٩٩١ - مسألة : (ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة ،
من العبادات والحدود ، في إثباتها
واستيفائها) ٤٥٠ - ٤٥٢
- فصل : فأما العبادات ، فما تعلق منها
بالمال ؛ ... ٤٥٢
- ١٩٩٢ - مسألة : (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل
وغيبته) ٤٥٣ ، ٤٥٤
- ١٩٩٣ - مسألة : (ولا يجوز للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله
بنفسه ، إلا بإذن الموكل . وعنه ، ...) ٤٥٥ - ٤٦١
- فوائد تتعلق بالشريك والمضارب ، والولى
في النكاح ، والعبد والصبي المؤذن
لهما ، هل لهم أن يوكلوا ، أم لا ؟ ٤٥٧ - ٤٥٩
- فصل : وكل وكيل جاز له التوكيل ،
فليس له أن يوكل إلا أميناً ؛ ... ٤٥٩
- فوائد : الأولى ، حيث جوزنا له التوكيل ،
فمن شرط الوكيل الثانى ،
أن يكون أميناً ، ... ٤٥٩
- الثانية ، لو قال الموكِّل للوكيل :
وَكُلْ عَنْكَ . صح ، ... ٤٥٩
- الثالثة ، حيث حكمنا بأن الوكيل

- الثاني وكيل للموكل ،
فإنه ينعزل بعزله ، وبموته
٤٦٢ ... و
- فصل : والحكم في الوصي يوكل فيما
أوصى به إليه ، وفي الحاكم يوكل
القضاء في ناحية يستتيب غيره ،
٤٦٠ حكم الوكيل ...
- فصل : فأما الولي في النكاح ، فله التوكيل
في تزويج موليته بغير إذنها ، ... ٤٦٠
فصل : إذا أذن الموكل في التوكيل ،
٤٦١ فوكل ، ...
- ١٩٩٤ - مسألة : (ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده) ٤٦٢
فائدة : لا يشترط إذن سيده فيما يملكه
٤٦٣ وحده ؛ ...
- ١٩٩٥ - مسألة : (فإن وكله بإذنه في شراء نفسه من سيده ،
٤٦٣ - ٤٦٦ فعلى روايتين)
- فصل : وإذا وكل عبده في إعتاق نفسه ، أو
٤٦٥ امرأته في طلاق نفسها ، صح ...
- تنبيه : مفهوم قوله : وإن وكله بإذنه في
٤٦٥ شراء نفسه ...
- فائدة : لو وكل عبد غيره بإذن سيده في
شراء عبد غيره من سيده ، فهل
٤٦٦ يصح ؟ ...
- ١٩٩٦ - مسألة : (والوكالة عقد جائز من الطرفين ، لكل
واحد منهما فسخها)
٤٦٦ ، ٤٦٧

- ١٩٩٧ - مسألة : (وتبطل بالموت ، والجنون ، والحجر
للسفه . وكذلك كل عقد جائز ،
كالشركة والمضاربة . ولا تبطل
بالسكر ، والإغماء والتعدي) ٤٦٧ - ٤٧٢
- فصل : فإن حُجِر على الوكيل لفلس ،
فالوكالة بحالها ؛ ... ٤٦٨
- فصل : ولا تبطل الوكالة بالنوم ، والسكر
والإغماء ؛ ... ٤٧٠
- ١٩٩٨ - مسألة : (وهل تبطل بالردة ، وحرية العبد ؟ على
وجهين) ٤٧٢ - ٤٧٧
- فصل : وإن وُكِّل عبده ، ثم أعتقه أو باعه ،
لم ينعزل ؛ ... ٤٧٣
- فصل : وإن تلفت العين التي وُكِّل في
التصرف فيها ، ... ٤٧٤
- فائدة : وكذا الحكم لو باع عبده ... ٤٧٤
- فوائد تتعلق بصحة الوكالة إذا طلق امرأته
بعد أن وُكِّلها ، وبما إذا جحد أحدهما
الوكالة ، أو أبقى العبد ، وبما إذا وكله
في طلاق زوجته فوطئها ، أو لو وكله
في عتق عبد فكاتبه أو دبره . ٤٧٤ - ٤٧٦
- فصل : نقل الأثر من أحمد ، في رجل كان
له على آخر دراهم ، فقال له :
إذا أمكنتك قضاؤها فادفعها إلى
فلان ... ٤٧٥
- ١٩٩٩ - مسألة : (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل

علمه ؟ على روايتين (

فوائد ؛ منها ، يبنى على الخلاف ، تضمنينه

٤٧٩ وعدمه ؛ ...

ومنها ، جعل القاضى ، و ... ،

فحل الخلاف فى نفس

انفساخ عقد الوكالة قبل

٤٨٠ العلم ...

ومنها ، لا ينزل مودع قبل

٤٨٠ علمه ...

ومنها ، عقود المشاركات ؛

٤٨٠ كالشركة والمضاربة ...

٤٨٠ فصل : وإذا وقعت الوكالة مطلقة ، ...

فائدة : لو عُزل الوكيل ، كان ما فى يده

٤٨١ أمانة ...

٢٠٠٠ - مسألة : (وإذا وكل اثنين ، لم يكن لأحدهما

الانفراد بالتصرف ، إلا أن يجعل ذلك

٤٨١-٤٨٣ إليه)

٤٨٣ فائدة : حقوق العقد متعلقة بالموكل ...

٢٠٠١ - مسألة : (ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع لنفسه) ٤٨٤-٤٨٨

تنبيه : محل الخلاف ، إذا لم يأذن له ، فإن

٤٨٦ أذن له ...

فصل : وحكم الحاكم وأمينه ، كحكم

٤٨٧ الوكيل ، ...

فائدتان ؛ إحداها ، وكذا الحكم فى شراء

الوكيل من نفسه

- ٤٨٧ للموكل ...
 الثانية ، حيث صححنا ذلك ،
 صح أن يتولى طرفي
- ٤٨٨ العقد ...
 فصل : وإن وكل رجلاً يتزوج له امرأة ،
 فهل له أن يزوجه ابنته ؟
 ٤٨٨
 فائدة : وكذا الحكم لو وكل في بيع عبد أو
 غيره ، ووكله آخر في شرائه من
 نفسه ، ...
 ٤٨٨
 ٢٠٠٢ - مسألة : (وهل يجوز أن يبيعه لولده ، أو والده ،
 أو مكاتبه ؟ ...)
 ٤٨٩ ، ٤٩٠
 فصل : فإن وكله في بيع عبده ، ووكله آخر
 في شراء عبد ، ...
 ٤٨٩
 فصل : فإن أذن للوكيل أن يشتري من
 نفسه ، جاز ذلك ...
 ٤٨٩
 تنبيه : محل الخلاف في هذه المسألة ، وفي
 التي قبلها ، إذا لم يأذن له الموكل
 في ذلك ، ...
 ٤٩١
 تنبيه : مفهوم كلامه جواز بيعه لإخوته
 وسائر أقاربه ...
 ٤٩١
 ٢٠٠٣ - مسألة : (ولا يجوز أن يبيع نساءً ، ولا بغير نقد
 البلد ...)
 ٤٩٣ - ٤٩١
 تنبيه : أفادنا المصنف ، رحمه الله ، جواز
 بيع المضارب نساءً ؛ ...
 ٤٩٢
 فائدة : إذا أطلق الوكالة ، لم يصح أن يبيع

الصفحة

- ٤٩٣ بمنفعة ، ولا بعرض أيضا ...
- ٢٠٠٤ - مسألة : (وإن باع بدون ثمن المثل ، أو بأنقص مما قدره له ، صح ، وضمن النقص ...) ٤٩٣ - ٤٩٧
- تنبيه : جمع المصنف بين ما إذا وكله في البيع وأطلق ، ... ٤٩٥
- تنبيه : مراده بقوله : وإن باع بدون ثمن المثل ... ٤٩٥
- فصل : ولو حضر من يزيد على ثمن المثل ، ... ٤٩٦
- فائدتان ؛ إحداهما ، قال في ... : لو وكله في بيع شيء إلى أجل ، فزاده أو نقصه ، ولا حظ فيه ، لم يصح ... ٤٩٦
- الثانية ، لو حضر من يزيد على ثمن المثل ، ... ٤٩٧
- ٢٠٠٥ - مسألة : (وإن باع بأكثر) من ثمن المثل (صح ، سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن) ٤٩٧ ، ٤٩٨
- ٢٠٠٦ - مسألة : (وإن قال : بعه بدرهم . فباعه بدينار ، صح ، في أحد الوجهين) ٤٩٨ - ٥٠٠
- فصل : فإن وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها ، ... ٤٩٩
- فائدة : لو قال : اشتريه بمائة ، ولا تشتريه بخمسين ... ٥٠٠
- ٢٠٠٧ - مسألة : (وإن قال : بعه بألف نساء . فباعه

٥٠١ ، ٥٠٠

بألف حالة ، ...)

٢٠٠٨ - مسألة : (وإن وكله في الشراء ، فاشترى بأكثر من

٥٠٥ - ٥٠٢

ثمن المثل ، أو ... لم يصح)

فصل : وإن وكله في بيع عبيد أو شرائهم ،

ملك العقد عليهم جملة واحدة ،

٥٠٤

وواحدًا واحدًا ؛ ...

تنبيه : يستثنى من محل الخلاف فيما تقدم ،

ومن ... ، لو وكله في بيع عبيد ،

٥٠٦

أو صبرة ، ...

تنبيه : قولي عن كلام المصنف : بدون ثمن

٥٠٦

الكل ...

٢٠٠٩ - مسألة : (وإن وكله في شراء شيء نقدًا بثمن معين ،

٥٠٦

فاشتراه به مؤجلًا ، صح ...)

٢٠١٠ - مسألة : وإن (قال : اشترى شاة بدينار . فاشترى)

له (شاتين تساوي إحداهما دينارًا ، أو

٥١١ - ٥٠٦

اشترى) له (... ، صح وإلا لم يصح)

فصل : وإذا وكله في شراء عبد معين بمائة ،

فاشتراه بما دونها ، صح ، ولزم

٥٠٩

الموكل ؛ ...

فصل : وإن وكله في شراء عبد موصوف

بمائة ، فاشتراه على الصفة

٥١٠

بدونها ، ...

٢٠١١ - مسألة : (وليس له شراء معيب ، فإن وجد بما

٥١٢ ، ٥١١

اشتراه عيبًا ، فله رده)

فائدتان ؛ إحداهما ، لو أسقط الوكيل

- خياره ، فحضر
موكله ، فرضى به ،
لزمه ، ... ٥١٢
- الثانية ، لو ظهر به عيب ، وأنكر
البائع أن الشراء وقع
للموكل ، ... ٥١٢
- ٢٠١٢ - مسألة : (فإن قال البائع : موكلك قد رضى
بالعيب . فالقول قول الوكيل مع يمينه
أنه لا يعلم ذلك) ٥١٣ ، ٥١٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، مثل ذلك خلافا
ومذهباً ، قول غريم
لوكيل غائب ، فى
قبض حقه : أبرأنى
موكلك ... ٥١٣
- الثانية ، لو ادعى الغريم أن الموكل
عزل الوكيل فى قضاء
الدين ، ... ٥١٣
- ٢٠١٣ - مسألة : (فإن ردّه ، فصدّق الموكلُ البائع فى
الرضا بالعيب ، فهل يصح الرد ؟ ...) ٥١٣ - ٥١٥
- فائدة : رضى الموكل الغائب بالمعيب عزل
لوكيله عن رده . ٥١٥
- ٢٠١٤ - مسألة : (وإن وكله فى شراء معين ، فاشتره
فوجده معيباً ، فهل له رده قبل إعلام
الموكل ؟ على وجهين) ٥١٥ ، ٥١٦
- ٢٠١٥ - مسألة : (فإن قال : اشترى بغير هذا الثمن .

- فاشترى له في ذمته ، لم يلزم الموكل (٥١٧
فائدة : لو قال : اشتر لي بهذه الدراهم
٥١٧ كذا . ولم يقل : بعينها ...
٢٠١٦ - مسألة : (فإن قال : اشتر لي في ذمتك ، وانقد
التمن . فاشترى بعينه ، صح) ٥١٨
فائدة : يقبل إقرار الوكيل بعيب فيما
٥١٩ باعه ...
٢٠١٧ - مسألة : (وإن أمره ببيعه في سوق بتمن ، فباعه به
في آخر ، صح . وإن قال : بعه من
زيد . فباعه من غيره ، لم يصح) ٥١٩ - ٥٢٢
فصل : إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً ، ... ٥٢١
٢٠١٨ - مسألة : (وإن وكَّله في بيع شيء ، ملك تسليمه ،
ولم يملك قبض ثمنه إلا بقرينة . فإن تعذر
قبضه ، لم يلزم الوكيل شيء) ٥٢٢ - ٥٢٥
فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم لو وكله
في شراء سلعة ، هل
يقبضها أم لا ؟ ... ٥٢٤
الثانية ، هل للوكيل في البيع أو
الشراء فعل ذلك بشرط
الخيار له ، وقيل : مطلقاً .
٥٢٤ أم لا ؟ ...
فصل : فإن وكله في شراء شيء ، ملك
٥٢٥ تسليم ثمنه ؛ ...
٢٠١٩ - مسألة : (وإن وكله في بيع فاسد ، لم يصح) ٥٢٥ ، ٥٢٦

- ٢٠٢٠ - مسألة : (و) إن وكله في (كل قليل وكثير ، لم يصح) ٥٢٦
- ٢٠٢١ - مسألة : (وإن وكله في بيع ماله كله ، صح) ٥٢٧
- ٢٠٢٢ - مسألة : (وإن قال : اشتر لي ماشئت . أو عبدًا بما شئت . لم يصح) ٥٢٧ - ٥٢٩
- فصل : قد ذكرنا أنه إذا قال : بع ماشئت من مالي ... ٥٢٨
- ٢٠٢٣ - مسألة : (وإن وكله في الخصومة ، لم يكن وكيلًا في القبض) ٥٢٩ ، ٥٣٠
- فصل : وإذا وكله في الخصومة ، لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره ... ٥٣٠
- ٢٠٢٤ - مسألة : (وإن وكله في القبض ، كان وكيلًا في الخصومة ، ...) ٥٣٠ - ٥٣٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، أفادنا المصنف ، رحمه الله ، صحة الوكالة في الخصومة ... ٥٣١
- الثانية ، له إثبات وكالته مع غيبة موكله ... ٥٣٢
- ٢٠٢٥ - مسألة : (وإن وكله في قبض الحق من إنسان ، لم يكن له قبضه من وارثه . وإن قال : اقبض حقى الذى قبّله ...) ٥٣٣
- ٢٠٢٦ - مسألة : (وإن وكله في قبضه اليوم ، لم يكن له قبضه غدًا) ٥٣٣

- ٢٠٢٧ - مسألة : (وإن وكله في الإيداع ، فأودع ولم يُشَهِد ، لم يضمن) ٥٣٤
- ٢٠٢٨ - مسألة : (وإن وكله في قضاء دين ، فقضاه ولم يُشَهِد ، وأنكر الغريم ، ضمن ، إلا أن يقضيه بحضرة الموكل) ٥٣٧ - ٥٣٤
- فصل : قال المصنف ، رحمه الله :
(والوكيل أمين ، لا ضمان عليه) ٥٣٧
- ٢٠٢٩ - مسألة : (ولو قال : بعث الثوب ، وقبضت الثمن فتلّف . فالقول قوله) ٥٤١ - ٥٣٩
- فائدة : لو وكله في شراء عبد ، فاشتراه ، واختلفا في قدر الثمن ؛ ... ٥٤٠
- ٢٠٣٠ - مسألة : (وإن اختلفا في رده إلى الموكل ، فالقول قوله إن كان متطوعاً . وإن كان بجعل ، فعلى وجهين) ٥٤٢ ، ٥٤١
- ٢٠٣١ - مسألة : (وكذلك يخرج في الأجير والمرتهن) ٥٤٤ - ٥٤٢
- فائدة : لو ادعى الرد إلى غير من ائتمنه بإذن الموكل ، قبل قول الوكيل ... ٥٤٣
- ٢٠٣٢ - مسألة : (فإن قال : أذنت لي في البيع نساء ، وفي الشراء بخمسة . فأنكره ، فعلى وجهين) ٥٥١ - ٥٤٤
- فائدة : وكذا الحكم لو قال : أذنت لي في البيع بغير نقد البلد ... ٥٤٦
- تنبيه : لو امتنع من يبيعها من هي له في الباطن ، رفع الأمر إلى الحاكم ؛ ... ٥٤٧

فصل : ولو وكَّله في بيع عبد ، فباعه

نسيئة ، فقال الموكل : ما أذنتُ في

بيعه إلا نقدًا ... ٥٤٩

فصل : إذا قبض الوكيل ثمن المبيع ، فهو

أمانة في يده ، ... ٥٥١

٢٠٣٣ - مسألة : (وإن قال : أذنت لي أن أتزوج لك فلانة ،

ففعلت . وصدَّقته المرأة ، فأنكر ، ...) ٥٥٢ - ٥٥٧

فوائد تتعلق بالوكيل إذا تزوج لموكله وأنكر

الموكل فهل يلزم الوكيل تطليقها ؟

وحكم إنكار الموكل الوكالة في البيع ،

وإذا قال له موكله : بع ثوبى بعشرة ،

فمازاد فلك ، وهل يستحق الجُعل

قبل قبض الثمن ؟ وهل يُشترط أن

يكون الجُعل معلومًا ؟ ٥٥٤ - ٥٥٨

فصل : ولو غاب رجل ، فجاء رجل إلى

امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبانها

ووكله في تجديد نكاحها بألف ، ... ٥٥٦

٢٠٣٤ - مسألة : (ويجوز التوكيل بجُعل وبغيره ، ...) ٥٥٧ - ٥٦٣

فصل : إذا وكله في شراء شيء فاشتري

غيره ، ... ٥٥٨

فصل : فإن وكله في أن يتزوج له امرأة ،

فتزوج له غيرها ، ... ٥٥٩

فصل : قال القاضى : إذا قال لرجل : اشتر

لي بدينى عليك طعاما ... ٥٦٠

فصل : قال أحمد ، ... ، في رجل له على

- آخر دراهم ، فبعث إليه رسولاً يقبضها ،
فبعث إليه مع الرسول ديناراً ،
٥٦٠ فضاع مع الرسول : ...
فصل : قال أحمد ، في رواية مهنا : إذا دفع
إلى رجل ثوباً لبيعه ، ففعل ،
٥٦٣ فوهب له المشتري منديلاً ، ...
فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (فإن كان
عليه حق لإنسان ، فادعى آخر أنه
وكيل صاحبه في قبضه ،
٥٦٣ فصدقه ، ...)
٥٦٤ ٢٠٣٥ - مسألة : (وإن كذبه ، لم يُستخلف)
٥٦٤ ٢٠٣٦ - مسألة : (فإن دفعه إليه ، فأنكر صاحب الحق
الوكالة ، وحلف ، رجع على الدافع
وحدّه)
٥٦٥ ، ٥٦٤
فائدة : متى لم يُصدّق الدافع الوكيل ،
٥٦٤ رجع عليه ...
٢٠٣٧ - مسألة : (وإن كان المدفوع وديعة ، فوجدها ،
أخذها ، وإن تلفت ، فله تضمين من
شاء منهما ، ...)
٥٦٧ ، ٥٦٦
٢٠٣٨ - مسألة : (فإن كان ادّعى أن صاحب الحق
أحاله ، ...)
٥٦٧
فائدة : تقبل بينة المحال عليه ، على المحيل ،
٥٦٨ فلا يطالبه ، ...
٥٧٨ - ٥٦٨ ٢٠٣٩ - مسألة : (وإن ادّعى أنه مات ، وأنا وارثه)
فصل : ومن طُلب منه حق فامتنع من دفعه

- حتى يشهد القابضُ على نفسه
بالقبض ، وكان الحق عليه بغير
بينة ، ... ٥٦٩
- فصل في الشهادة على الوكالة : إذا شهد
بالوكالة شاهد وامرأتان ، أو شاهد
وحلف معه ، ... ٥٧٠
- فصل : فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم
الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم
السبت ، ... ٥٧١
- فصل : ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر
الواحد ... ٥٧٢
- فصل : ويصح سماع البينة بالوكالة على
الغائب ، ... ٥٧٣
- فصل : وتقبل شهادة الوكيل على موكله ؛
لعدم التهمة ؛ ... ٥٧٤
- فصل : إذا كانت الأمة بين نفسين ، فشهدا
أن زوجها وكل في طلاقها ، لم تقبل
شهادتهما ؛ ... ٥٧٤
- فصل : إذا حضر رجلان عند الحاكم ، فأقر
أحدهما أن الآخر وكيله ، ثم غاب
الموكل ، وحضر الوكيل ، ... ٥٧٦
- فصل : ولو حضر عند الحاكم رجل فادعى
أنه وكيل فلان الغائب ، في شيء
عيَّنه ، وأحضر بينة تشهد له
بالوكالة ، ... ٥٧٦

الصفحة

فصل : ولو حضر رجل ، وادّعى على
غائب مالا في وجه وكيله ، فأنكر ،
فأقام بينة بما ادّعاه ، ... ٥٧٧

آخر الجزء الثالث عشر
وبليه الجزء الرابع عشر وأوله :
كتاب الشركة
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٥/٥٤٨٦ م
I.S.B.N : 977 - 256 - 118 - 2

هجر

الطباعة والنشر والتوزيع

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

٣٤٥١٧٥٦ فاكس - ٣٤٥٢٥٧٩ ☎

الطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ٣٤٥٢٩٦٣ ☎

ص . ب ٦٣ إمبابة